This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

EX LIBRIS
P. VINOGRADOFF
J 7

Roman
500
I25 a 3

G. 143.
L. Rom. A 14 e. 79.
2(1)

BEQUEATHED TO THE UNIVERSITY
BY SIR PAUL VINOGRADOFF 1926

ПАВЕЛЪ ГАВРИЛОВИЧЪ
ВИНОГРАДОВЪ

Geiſt des römiſchen Rechts

auf den

verſchiedenen Stufen ſeiner Entwicklung.

Zweiter Theil.

Erſte Abtheilung.

IAN LIBRARY
27
OCT
1926

Geiſt des römiſchen Rechts

auf den

verſchiedenen Stufen ſeiner Entwicklung.

Von

Rudolph von Ihering,

Geh. Juſtizrathe u. ordentl. Profeſſor der Rechte in Göttingen.

Zweiter Theil.

Erſte Abtheilung.

Dritte verbeſſerte Auflage.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1874.

Das Recht der Ueberſetzung in andere Sprachen bleibt vorbehalten.

Vorrede zur dritten Auflage.

Der gegenwärtige Band hat mehr Veränderungen erfahren als der vorhergehende, überall habe ich in der Darstellung gebessert, die Noten haben manche Zusätze bekommen, und einige Parthieen sind vollständig umgearbeitet, insbesondere gilt dies von §. 24, der in seiner früheren Gestalt hinter der Aufgabe, die er sich gestellt hatte: der Entwickelung der Idee der Selbständigkeit des Rechts weit zurückgeblieben war, in seiner jetzigen aber, wenn derselben auch nicht völlig gerecht geworden, sich ihr doch um ein beträchtliches genähert haben möchte. Von den in dieser Auflage zum ersten Mal ausgesprochenen Ansichten dürfte die über das Verhältniß der beiden Arten der Haussuchung nach gestohlenen Sachen (S. 159 Note 208) und die kurze Andeutung des Gesichtspunktes, mittelst dessen ich den Zweck und das Wesen der Prädialservituten zutreffend glaube wiedergeben zu können: des pactirten Nachbarrechtes (S. 231) die relativ wichtigsten sein. Den Versuch, die Seitenzahlen der gegenwärtigen Auflage mit denen der zweiten möglichst conform zu erhalten, habe ich als einen unausführbaren völlig aufgegeben, dagegen habe ich,

um die Auffindung der Citate der früheren Auflagen zu erleichtern, den Noten ihre bisherige Zahl gelaſſen, obſchon einige derſelben ausgefallen und manche neu hinzu gekommen ſind; letztere tragen die Zahl der vorhergehenden Note mit einem Zuſatz.

Göttingen 13. October 1873.

Der Verfaſſer.

Inhalt des zweiten Theils.

Erste Abtheilung.

Zweites Buch.

Das spezifisch römische Rechtssystem.

§. 22. Einleitung. S. 1—7.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Charakteristik des Rechtssystems.

I. Aeußerer Eindruck der Rechtswelt.

§. 23. Oeffentlichkeit des Rechtslebens — Plastik des Rechts. S. 8—19.

II. Die Grundtriebe der ältern Rechtsbildung.

1. Der Selbständigkeitstrieb des Rechts.

Vorbemerkung.

§. 24. Die Selbständigkeit des Rechts in formaler und materieller Beziehung. S. 19—28.

1. Erhebung des Rechts zu der ihm eigenthümlichen Form.

§. 25. Die Sitte und das Gesetz, geschriebenes und ungeschriebenes Recht — Bedeutung dieses Gegensatzes für die Selbständigkeit des Rechts — Verhalten des ältern Rechts zu diesem Gegensatz (Privatrecht — öffentliches Recht — die Volksgerichte). S. 28—50.

2. Die innere Selbständigkeit des Rechts.

§. 26. Ausscheidung frembartiger Elemente — abgesonderte Befriedigung derselben, des religiösen im fas, des moralischen und politisch-ökonomischen in der Censur — die Censur ein Ableiter für das Recht. — Scharfer Gegensatz zwischen Recht und Moral. S. 50—62.

3. Selbsterhaltungs- und Erweiterungstrieb des geschriebenen Rechts.

§. 27. Dauerhaftigkeit des Rechts der Zwölf Tafeln — Gründe dieser Erscheinung — Inneres Leben des Gesetzes — die alte Interpretatio. S. 62—67.

4. Sicherheit und Unabhängigkeit der Verwirklichung des Rechts.

§. 28. Der Grundsatz der Unverletzlichkeit der jura quaesita — die Unabhängigkeit der Justiz, innere und äußere — Verhältniß der Polizei und der Verwaltung zur Justiz. S. 67—87.

II. Der Gleichheitstrieb.

§. 29. Factische und rechtliche Gleichheit — das Generalisirungssystem — Rechtliche Verschiedenheiten und Ungleichheiten vor dem Gesetz — Wesen der altrömischen Gleichheit — Aeußerungen derselben im öffentlichen und Privatrecht — Unterschiede der Personen und Sachen — Stellung des Richters — Berechnung der Zeit und des Schadenersatzes — Bleibende Bedeutung des Gleichheitstriebes für das römische Recht. S. 88—123.

III. Der Macht- und Freiheitstrieb.

§. 30. 1. Das System der Freiheit und Unfreiheit im Allgemeinen. S. 123—133.

II. Das römische System. S. 133—308.

A. Die Stellung des Individuums.

1. Die Freiheit und Macht das Ziel des subjectiven Willens.

§. 31. Die römische Herrschsucht im allgemeinen — die politische und persönliche Freiheit — die abstracte privatrechtliche Freiheit und die effective

Gebundenheit des Subjects. — Die Sitte und die Macht der öffentlichen Meinung in Rom. — Das System der privatrechtlichen Autonomie in seinen einzelnen Theilen. S. 133—155.

2. Die hausherrliche Gewalt insbesondere.

§. 32. Das Haus ein Asyl — äußere und innere Abgeschlossenheit desselben — die drei Gewalten des Hauses (über Sklaven, Kinder, Frauen) — abstract-rechtlicher Inhalt derselben — thatsächliche Gestalt der Sklaverei im römischen Leben. S. 156—194.

2a. Thatsächliche Gestalt der Familienverhältnisse im Leben.

§. 32a. Zweck und Sinn der familienrechtlichen Gewalt — Der innere Friede des römischen Hauses — Das Familienleben — Stellung der Frau und Kinder — Die Verwandtengerichte. S. 194—217.

3. Der objective Freiheitsgehalt der Institute eine Schranke der subjectiven Autonomie.

§. 33. Die Gefahr der Selbstvernichtung eine Klippe der subjectiven Freiheit — der Objectivismus in der Auffassung der Freiheit (die Freiheit eine Pflicht) — Nachweis desselben im römischen Recht, namentlich am Eigenthum (Servituten). S. 218—234.

4. Die Wohlfahrtsfrage und der Staat.

§. 34. Theilnahme des Staats an dem Wohl des Individuums — die s. g. sociale Frage — Quellen des Pauperismus (der Sklave der böse Feind der römischen Gesellschaft) — die Stellung der höhern Stände (sociale Verpflichtung derselben) — Maßregeln von Seiten des Staats. S. 234—259.

B. Der Macht- und Freiheitstrieb innerhalb der Magistratur.

§. 35. Das freie Walten der Persönlichkeit in Verhältnissen des öffentlichen Rechts — die Machtstellung der römischen Magistrate — die Garantieen gegen den Mißbrauch der Amtsgewalt — die staatsrechtliche Praxis — Bedeutung der Persönlichkeit für die Magistratur. S. 260—292.

C. Hiſtoriſche Bedeutung des Syſtems der Freiheit.

§. 36. Die Abſtraction des Freiheitsbegriffes als Entdeckung des Privatrechts — die Selbſtändigkeit der Abſtraction gegenüber dem Leben — die Productivität der autonomiſchen Bewegung des Verkehrs — Die natürlich-ſittlichen Beziehungen des Syſtems zur römiſchen Welt. S. 292—308.

Zweites Buch.

Das spezifisch römische Rechtssystem.

Einleitung.

XXII. Die Aufgabe des vorliegenden Buchs besteht in der Charakteristik des spezifisch römischen oder strengen Rechtssystems (jus strictum).[1] Wie gelangen wir zu diesem System? Es ist zu dem Zweck fast durchgehends eine künstliche Scheidung nöthig, eine Anwendung jener Methode, die wir früher (§ 5) zu begründen versucht haben, und deren Rechtfertigung also hier nicht mehr zur Frage steht. Aus dem, was sicher und unzweifelhaft der alten oder der neuen Zeit angehört, suchen wir den verschiedenen Baustyl beider Zeiten kennen zu lernen, um dann auch diejenigen Stücke, hinsichtlich deren eine solche äußere Gewißheit nicht besteht, zu classificiren.

Es ist ein ausgedehntes, complicirtes Gebäude, das wir im Recht der classischen Zeit vor uns haben; wir wissen, daß es zu verschiedenen Zeiten aufgeführt wurde, und es kommt darauf an, den ursprünglichen Bau, die feste Burg des strictum jus, unter dem modernen Ueberbau herauszufinden. Ist auch mancher Theil desselben völlig verändert, niedergerissen, in Trümmer zerfallen:

1) Ueber diesen Ausdruck und die Bedeutung desselben im Munde der späteren römischen Juristen s. die Stellen bei Dirksen Manuale unter strictus. Sie bezeichnen mit ihm das ältere beschränkte, starre, strenge Recht im Gegensatz zu dem neuern freieren, elastischen. Am Ende dieses Systems werde ich auf Grundlage der inzwischen gewonnenen Merkmale den Begriff des jus strictum genauer feststellen.

überall ragt doch noch das unverwüstliche Mauerwerk der alten Zeit hervor, und macht es uns möglich, den Baustyl und den Plan des ursprünglichen Baus zu erkennen.

Eine feste Burg haben wir das alte Recht genannt, und dieser Vergleich mag geeignet sein, den Eindruck wiederzugeben, den es in uns hervorruft. Eckig und steif, eng und niedrig ist es, wie die Burgen des Mittelalters, aber um so fester und dauerhafter ist das Mauerwerk; was an Bequemlichkeit fehlt, ersetzt die Sicherheit. Und wie in jenen Burgen umfängt uns hier der Geist einer Achtung gebietenden Vergangenheit, die Erinnerung eines kernigen Geschlechts, voll wilder, gewaltiger Kraft, und wenn irgendwo dürfen wir an dieser Stelle hoffen, dasselbe von den Todten heraufzubeschwören — hier reden die Steine.

Ueber dem vollständigen Ausbau des alten jus civile sind Jahrhunderte vergangen, und die letzte Hand ist daran gelegt erst zu einer Zeit, als bereits die ersten Ansätze des neuen Systems zum Vorschein kamen. Wenn ich gleichwohl von diesen gleichzeitigen Bildungsproducten die einen dem ältern, die andern dem neuern Recht vindicire, so habe ich mich darüber schon bei Gelegenheit der Bedeutung des sachlichen gegenüber dem chronologischen Moment (§. 5) zur Genüge ausgesprochen. Von dem prätorischen Recht und dem jus gentium wird daher in diesem zweiten Buch überall noch nicht die Rede sein, obschon es für unzweifelhaft gelten kann, daß die Entwicklung beider nicht erst begonnen hat, nachdem die des alten Civilrechts völlig beschlossen. Nur in negativer Richtung werde ich seiner Zeit genöthigt sein, die Institute des jus gentium zu berühren, um nämlich den Nachweis zu führen, daß sie zur Blüthezeit des alten jus civile der Klagbarkeit noch entbehrten.

Nach welchen innern Kriterien ich das, was ich dem ältern System vindicire, bestimme, letzteres selbst stofflich abgränze, darüber kann ich zur Zeit noch keine Antwort geben; ich müßte zu dem Zweck vieles anticipiren, was nur im Zusammenhange des ganzen Systems seine Rechtfertigung finden kann.

Was die chronologiſche Abgränzung des Syſtems anbetrifft, ſo habe ich bereits im §. 6 angegeben, daß ich die Bildung deſſelben in die zweite Hälfte der Königszeit verlege, die Blüthezeit deſſelben in das vierte bis ſechste Jahrhundert der Stadt, die erſten Anfänge aber einer neuen freieren Rechtsbildung in das ſiebente Jahrhundert. Der Zeit nach wird alſo unſere Darſtellung von jetzt an vorzugsweiſe in der Glanzperiode der römiſchen Republik verweilen, ohne daß wir aber, wie bereits bemerkt, auf eine ſtoffliche Ergänzuug dds Syſtems vermittelſt eines uns erſt durch die ſpätere Zeit gebotenen Materials Verzicht zu leiſten gedenken.

Wenn wir fortan unſere Aufmerkſamkeit vorzugsweiſe dem Privatrecht zuwenden, ſo iſt es nicht bloß die beſondere Beziehung deſſelben zur modernen Welt, die uns dazu veranlaßt, ſondern ebenſo ſehr das Uebergewicht der ſcharfen Ausprägung und Durchbildung, welche das Privatrecht und der mit ihm in engſter Verbindung ſtehende Prozeß vor den übrigen Theilen des Rechts voraus hat. Man iſt gewohnt, die Entſtehung der eigentlichen römiſchen Rechtswiſſenſchaft erſt in die folgende Periode zu ſetzen, ich hoffe aber nachweiſen zu können, daß dies einer der größten rechtshiſtoriſchen Irrthümer iſt, und ich nehme keinen Anſtand zu geſtehen, daß die ältere Jurisprudenz, je tiefer ich in ihren wunderbaren Bau eingedrungen bin, mir eine um ſo höhere Bewunderung abgenöthigt hat, eine Bewunderung, die hinter derjenigen, welche ich der neuern Jurisprudenz zolle, um nichts zurückbleibt. Letztere ſteht unſerm heutigen wiſſenſchaftlichen Bewußtſein und unſerm Studium näher, und daher rührt es, daß ihr die Anerkennung in ſo reichem Maße zuſtrömt, während das Verdienſt der frühern Zeit, die, wenn ich ſagen darf, die Dogmatik des Rechts erſt aus dem Groben herausarbeiten mußte, weniger in die Augen ſpringt. Und doch war es gerade dieſe Arbeit, die in meinen Augen über den Werth des römiſchen Rechts eigentlich entſchied, und welcher die ſpätere Wiſſenſchaft den ſoliden, feſten Unterbau verdankte, auf dem ſie nur weiter fortbaute. Ich hebe

dies ſchon an dieſer Stelle mit beſonderem Nachdruck hervor, weil ich von vornherein der Meinung vorbeugen möchte, als verdanke das römiſche Recht ſeine Größe der ſpätern römiſchen Rechtswiſſenſchaft, als beginne alſo auch die Glanzperiode der römiſchen Rechtsgeſchichte erſt mit dem dritten Syſtem. Sie beginnt ſchon jetzt, und erheiſchte es auch nicht das hiſtoriſche Intereſſe, dem ältern Recht die gebührende Beachtung zuzuwenden, der innere Werth deſſelben, ſein eigener geiſtiger Gehalt würde ſie ihm ſichern; es iſt ein Gegenſtand von einer wiſſenſchaftlichen Anziehungskraft, wie es für mich innerhalb der ganzen Jurisprudenz keinen anziehenderen gibt.

Das vorliegende Buch zerfällt in drei Abſchnitte:

I. Allgemeine Charakteriſtik des Rechtsſyſtems.

Es ſollen in dieſem Abſchnitt die allgemeinen Charakterzüge und leitenden Gedanken des ältern Rechts entwickelt werden, und zwar wenden wir uns zunächſt (§. 23)

1) der Außenſeite der Rechtswelt zu, machen uns alſo zuerſt mit der äußern Erſcheinung des Rechts vertraut (Oeffentlichkeit — Plaſtik). Das innere Weſen des Rechts erſchließt ſich uns aber erſt, wenn wir (§. 24—36)

2) die Grundtriebe deſſelben ins Auge faſſen, d. h. die höchſten, allgemeinſten Tendenzen, die daſſelbe verfolgt, die ſich alſo als die Ziele und Ideale der römiſchen Rechtsanſchauung bezeichnen laſſen. Es ſind dies 1) der Selbſtändigkeitstrieb des Rechts, 2) der Gleichheitstrieb, 3) der Macht- und Freiheitstrieb.

Während ſie uns das Wollen des römiſchen Geiſtes auf dem Gebiete des Rechts bezeichnen, ſtellt uns

3) die auf die praktiſch angemeſſene Realiſirung dieſer Ziele gerichtete juriſtiſche Technik (§. 37—58) das intellectuelle Können deſſelben dar. Es iſt der Höhenpunkt der rationellen Erfaſſung und Behandlung des Stoffes, den wir hier zu beſtimmen haben, der Reichthum an Ideen

und Mitteln, über den jene Technik gebietet, ihre Methode der Zersetzung und Scheidung des Stoffs — die juristische Analyse — ihr Kleben an der Aeußerlichkeit (Materialismus, Wortinterpretation und Formalismus) und die Kunst der juristischen Operation.

In concreterer Gestalt und in einem zusammenhängenden Bilde werden uns jene allgemeinen Ideen

II. in der Lehre von den Rechten im subjectiven Sinn (§. 59 u. fl.) wieder vor Augen treten. Sie zerfällt
1) in die Theorie des subjectiven Rechts, welche das Allgemeine dieser Lehre, und
2) in die Geschichte der einzelnen Rechte, welche die ursprüngliche Gestalt derselben, soweit sie nicht bereits aus der früheren Darstellung hervorgeht, zum Gegenstand hat.

Dem zweiten Abschnitt schließt sich sodann als dritter

III. ein wesentlich negativ kritischer an, welcher zum Zweck hat, den Nachweis zu liefern, daß die freieren Bildungen des jus gentium und prätorischen Rechts, die von Manchen in die ältere Zeit verlegt worden, derselben fremd waren.

Den Uebergang des Rechts vom zweiten zum dritten System und die Darlegung der Gründe, welche ihn bewirkt haben, bleibt dem dritten Buch vorbehalten.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Charakteristik des Rechtssystems.

I. Aeußerer Eindruck der Rechtswelt.

Oeffentlichkeit des Rechtslebens — Plastik des Rechts.

XXIII. Wir suchen uns zunächst des äußern Eindrucks bewußt zu werden, den das ältere Recht auf uns macht — bei dem großen Contrast, den dasselbe zu dem der heutigen Zeit bildet, eine nicht eben schwierige Aufgabe. Für die heutige Zeit würde jener Gesichtspunkt kaum mehr als eine negative Ausbeute liefern, nämlich die, daß das Recht im Verkehrsleben äußerlich wenig sichtbar hervortritt. Man könnte sagen, daß das Recht heutzutage seine Einwirkungen auf dynamischem Wege ausübt, in seiner Jugend aber auf mechanischem, d. h. durch sichtbare Vorrichtungen und Operationen. Wie die Wärme oder Electricität die Körper, so durchdringt heutzutage das Recht die Wirklichkeit; es ist derselben völlig immanent, seine Bewegung und Wirksamkeit wird dem Auge nur selten bemerklich. Wie farblos ist in der Regel ein heutiges Rechtsgeschäft, wie wenig hat es einen festen, scharf abgegränzten, sinnlich faßbaren Körper. Bald verliert es sich in einem Gespräch, ohne daß irgend ein äußerer Akt den Abschluß desselben signalisirt und das Rechtsgeschäft von dem sonstigen Inhalt der Unterredung abhebt, bald wird es unter Abwesenden auf brieflichem Wege abgeschlossen, bald sogar muß seine Existenz erst durch Schlußfolgerungen festgestellt werden.

Diese Unsichtbarkeit der Bewegungen und Operationen des heutigen Rechts, diese seine unplastische Natur[2]) soll uns hier als Folie für das ältere römische Recht dienen, ohne daß wir im übrigen verkennen wollen, daß jene Eigenschaft, ähnlich wie der abstracte Charakter einer ausgebildeten Sprache eine höhere Bildungsstufe bezeichnet, als der plastische Charakter des Rechts und die bildliche, concrete Ausdrucksweise der Sprache sie involviren. Aber gerade der Reiz der Jugendfrische, die sich darin ausprägt, hat etwas ungemein Anziehendes, und man darf diese Eigenschaft als einen Vorzug der Jugend anerkennen, ohne darum gegen das Alter, mit dem sie sich einmal nicht verträgt, ungerecht zu werden.

Der physiognomische Ausdruck des ältern römischen Rechts, den wir jetzt wieder zu geben versuchen, ist der Ausdruck der Jugend des Rechts und wiederholt sich bei allen Rechten auf derselben Altersstufe. Er äußert sich namentlich in der Oeffentlichkeit des ganzen Lebens und in der Plastik der Formen, in denen letzteres sich bewegt.

Versetzen wir uns in die alte römische Rechtswelt, so ist das Erste, was uns in die Augen fällt, das helle Sonnenlicht der Oeffentlichkeit, das über sie ausgebreitet ist. Es zieht uns zuerst zum Forum hin, wo auf seinem Tribunal, unter freiem Himmel und unter den Augen des römischen Volks der Prätor Gerichtstag hält, er selber sitzend auf seiner sella curulis, die Partheien

---

2) Sie erstreckt sich auch auf den Prozeß. Der Kriminalprozeß hat freilich durch die bekannten Reformen der Gegenwart ein anderes Aeußere bekommen, aber auch er führte noch vor kurzer Zeit, wie noch heutzutage der Civilprozeß, eine bloß papierne Existenz. Auf dem Papiere begonnen, auf dem Papiere entschieden boten beide kein dramatisches Moment dar und traten sichtbar nur in ihren Wirkungen hervor. Man hätte der Justiz statt des Schwertes eine Feder zum Attribut geben mögen, denn einem Vogel sind die Federn kaum nöthiger, als sie es ihr waren, nur daß bei ihr im Gegensatz zum Vogel die Schnelligkeit im umgekehrten Verhältniß zum Federn-Aufwand steht.

stehend.[2a]) Hier und nur hier arbeitet in älterer Zeit die Civiljustiz; daß der Prätor auch in seinem Hause und wo man ihn sonst traf, angegangen werden durfte und stehend (de plano) Verfügungen erließ, kam erst in der spätern Zeit auf.[3]) Hier versammeln sich die Partheien, begleitet von ihren Freunden und rechtskundigen Beiständen. In eigener Person müssen sie erscheinen und ihre Anträge stellen, Stellvertretung oder gar schriftliche Verhandlung widerstrebt dem Geiste des ältern Rechts. Und zwar beide müssen sie erscheinen, damit der Prozeß den Anfang nehmen könne; schafft der Kläger den Beklagten nicht zur Stelle, so kann der Prozeß nicht beginnen. Bei dem Eigenthumsprozeß müssen sogar die Sachen selbst mitgebracht werden; sind sie unbewegliche, so verfügt der Prätor sich selbst mit den Partheien an Ort und Stelle. Ebenso müssen Personen und Sachen, über die vor Gericht eine rechtliche Disposition getroffen werden soll (in jure cessio), zur Stelle geschafft werden. Den fernern Gang des Prozesses verfolgen wir nicht; was auch geschieht, erfolgt öffentlich, so z. B. die Vernehmung der Zeugen; auch der Eid darf nur unter freiem Himmel abgelegt werden, die angerufenen Götter müssen den Schwörenden sehen und hören.[3a]) Im Exekutionsverfahren zeigt sich schließlich die Oeffentlichkeit noch in der dreimaligen öffentlichen Ausstellung des Verurtheilten, berechnet darauf, die Thatsache seiner Verurtheilung zu Jedermanns Kunde zu bringen — eine Anfrage an das Volk, ob Niemand geneigt sei, ihn auszulösen. In einem noch höhern Grade beherrschte die Oeffentlichkeit das peinliche Verfahren. Wenn über dem Haupte eines Bürgers das blutige Schwert der Gerechtigkeit schwebt, so ist dies eine Nationalsache. Das ganze Volk wird entboten, um zu Gericht zu sitzen, die Anklage vorher veröffentlicht, damit Jeder, der etwas von der Sache weiß, sei es zur

---

2a) Th. Mommsen Röm. Staatsrecht. I. S. 315.

3) Puchta Institutionen Bd. 2 §. 158.

3a) Varro de L. L. V. 66.

Ueberführung des Angeklagten) oder zu seiner Entlastung, sich melden kann. Schließt nicht die Art des Verbrechens und die Persönlichkeit des Angeklagten diese Begünstigung aus, so bleibt letzterer gegen Bürgschaftsstellung auf freiem Fuß und kann die Zeit benutzen, um das Volk für sich zu gewinnen. Der Tag der Entscheidung ist gekommen, das Volk, längst vorbereitet über die Sache, sitzt zu Gericht. Nie hat es eine imposantere richterliche Versammlung gegeben, nie eine Oeffentlichkeit, die für die Lüge so erdrückend, für die Wahrheit so erhebend wirken mußte, wie diese. Die Verhandlungen sind beendet, und es erfolgt die Abstimmung. Auch dieser Akt ist charakteristisch durch seine Oeffentlichkeit, d. h. er erfolgt mündlich; jeder hat den Muth, oder soll den Muth haben, sich zu seiner Meinung zu bekennen. In späterer Zeit änderte sich dies; um der Unselbständigkeit der Stimmenden zu Hülfe zu kommen, ward in der ersten Hälfte des siebenten Jahrhunderts sowohl bei den Volksgerichten als bei andern Volksversammlungen die heimliche d. h. schriftliche Abstimmung (per tabellas) eingeführt.

Die Oeffentlichkeit des Rechtsverkehrs[4]) ist uns aus frühern Ausführungen schon größtentheils bekannt; ich erinnere an die Vornahme der öffentlich garantirten Geschäfte (§. 15) vor der Volksversammlung und den fünf das Volk vertretenden Zeugen (mancipatio, nexum), an die Geschäfte vor dem Prätor und dem Censor (manumissio).[5]) Als besonders charakteristisch hebe ich die Oeffentlichkeit der Testamente hervor, die sich, als die Errichtung der Testamente in den Comitien abgekommen, in

4) Gneist (Die formellen Verträge des neuern römischen Obligationenrechts S. 483—485) hat mit Recht auf den Gegensatz aufmerksam gemacht, den in dieser Beziehung das griechische Recht bildet, „dessen üblichste Form (Deponirung verschlossener Urkunden) offenbar darauf berechnet war, das Geschäft nöthigenfalls den Augen Dritter zu verbergen."

5) Als einzelnes Beispiel möge noch genannt sein die bei der Bürgschaft vorgeschriebene Oeffentlichkeit; s. Gajus III §. 123: praedicat palam et declaret et de qua re satis accipiat et quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit.

verminderten Maße noch in dem mündlichen Mancipationstestament erhielt.[6]) Nirgends würde uns wohl die Oeffentlichkeit so am unrechten Orte und so hinderlich erscheinen als bei den Testamenten, und in späterer Zeit war man aus guten Gründen in Rom derselben Ansicht. In der öffentlichen Errichtung der Testamente erblicke ich ebenso wie in der öffentlichen Abstimmung einen Beweis moralischer Selbständigkeit. Es liegt in der Natur letztwilliger Dispositionen, daß sie häufig die Ansprüche und Erwartungen, zu denen Verwandte und Freunde des Testators sich berechtigt halten, durchkreuzen, und wie sie den Einen zur Dankbarkeit verpflichten, so einen Andern verletzen. Die Sitte, derartige Bestimmungen öffentlich zu treffen, setzt also im allgemeinen einen gewissen moralischen Muth voraus, den Muth, dem Haß und der Verfolgung der in ihren Erwartungen getäuschten Personen zu trotzen. Das heimliche Testament ist das Palladium der Feigheit, in vielen Fällen sogar der Deckmantel und dadurch das Mittel des Betrugs,[7]) eine Mine, Personen gelegt, die man

6) Die Einführung schriftlicher Testamente, mittelst deren eine Verheimlichung des letzten Willens möglich ward, gehört meiner Ansicht nach der spätern Zeit an. Für diese Ansicht berufe ich mich hier nur auf die Herrschaft der Oeffentlichkeit in diesem System. Die tabulae des Testaments passen in die ältere Zeit ebenso wenig, als die tabellae bei der Abstimmung in den Comitien. Eine weitere Begründung würde hier zu weit führen. Auf die Schriftlichkeit der Rechtsgeschäfte komme ich im dritten System.

7) Dieser Gesichtspunkt wird im Titel 16 §. 1 der Novellen Theodos II (Hänel Novellae constitutiones imperatorum etc. p. 61) ausdrücklich anerkannt. Die Compilatoren Justinians haben diesen Passus bei ihrem Auszuge in der l. 21 Cod. de test. (6. 23) weggelassen. Natura, heißt es dort, talis est hominum, ut quosdam diligant, alios timeant, quibusdam sint officiosae gratiae debitores, alios suspicentur, quorundam fidem intelligant eligendam, aliis nihil credendum existiment, nec tamen audeant de singulis quae sentiant confiteri. Ideo veteres testamenta scripta testibus offerebant oblatarumque eis tabularum perhiberi testimonium postulabant. Sed .... eo res processit, — ut dum sua quisque nonnunquam judicia publicare formidat, dum testibus testamenti sua non audet secreta committere, ne suis facultatibus inhiantes offendat,

in offener Weiſe nicht zu verletzen wagt, und die erſt explodirt, wenn der Urheber ſelber in Sicherheit iſt und unter den Folgen nicht mehr zu leiden hat. In der Kaiſerzeit dienten ſie oft in dieſer Weiſe; ein in oſtenſibler Weiſe mündlich errichtetes Teſtament bedachte die Perſonen, deren Gunſt man ſich erwerben wollte, ein hinterher errichtetes ſchriftliches hob, ohne daß ſie etwas davon erfuhren, das frühere wieder auf, und erſt der Tod enthüllte den ihnen geſpielten Betrug.[8])

Ich kann nicht unterlaſſen noch auf zwei Einrichtungen aufmerkſam zu machen, die beide — nur in verſchiedenen Sphären — dieſelbe Beſtimmung hatten, nämlich die Cenſusrollen und die Hausbücher. Beide ſind hervorgegangen aus dem großen Ordnungsſinn der Römer und gehören inſofern hierher, als die Cenſusrollen den Stand des Privatvermögens zur Kenntniß des Staats bringen, die Hausbücher aber dem Eigenthümer ſelbſt und unter Umſtänden auch dritten Perſonen eine beſtändige Einſicht und Ueberſicht ſeiner Vermögensverhältniſſe gewähren ſollen.[8a]) Solche Einrichtungen gedeihen nur bei allgemeiner

---

intestatus mori, quam sua mentis arcana periculose patiatur exprimere. Theophilus (II 10 §. 1) nennt einen andern Grund, der unter Umſtänden eben ſo triftig ſein konnte: die Beſorgniß des Teſtators vor Lebensnachſtellungen von Seiten der um ihre Einſetzung wiſſenden eingeſetzten Perſonen. Die obige Erklärung iſt von Laſſalle, Syſtem der erworbenen Rechte II S. 150 verworfen und dafür der Geſichtspunkt „der organiſchen Function des Inſtituts im Volksgeiſt (!) ſubſtituirt".

8) Schon dem Auguſt wurde ein ähnlicher Streich geſpielt, wie Valerius Maximus lib. III c. 8 §. 6 mittheilt, woſelbſt noch mehrere derartige ächte Schelmenſtreiche berichtet werden. S. auch Petron. Sat. c. 71, et haec omnia publico ideo, ut familia mea jam nunc sic me amet ut mortuum. c. 141.

8a) Beide ſcheinen in einer gewiſſen Verbindung geſtanden zu haben, wenigſtens äußert ſich Livius VI. 27 und 31 in einer Weiſe, daß man annehmen muß, die Cenſusrollen hätten auch die ausſtehenden Capitalien enthalten: fugere senatum testes tabulas publicas census cujusque, quia nolint conspici summam aeris alieni (27) und aes alienum, cujus noscendi causa censores facti (31).

Gewissenhaftigkeit und Ehrlichkeit, sie setzen Vertrauen und Zuverlässigkeit voraus; wo diese Eigenschaften in der Masse fehlen, wo man Ursache hat, das Tageslicht zu scheuen, erfüllen sie nicht ihren Zweck. Für das System des Personalcredits[9]) haben sie ohne Zweifel eine große Bedeutung gehabt, und man darf gewiß in dem allmähligen äußerlichen und innerlichen Absterben beider Einrichtungen die vorzüglichsten Ursachen erblicken, denen das Realcredit-System seine in späterer Zeit immer mehr Ueberhand nehmende Bedeutung und entschiedene Präponderanz verdankt. Letzteres ist ebenso sehr wie die Heimlichkeit der Abstimmung und der Testamentserrichtung das Resultat der Angst und des Mißtrauens — ebenso sehr ein Zeichen der spätern Zeit, wie umgekehrt der Personalcredit mit seiner Publicität der Vermögensverhältnisse und die Oeffentlichkeit der Abstimmung und Testamentserrichtung ein Zeichen der frühern. Indem wir als allgemein bekannt voraussetzen, in welchem Grade die Oeffentlichkeit das ganze politische Leben der Römer durchdrang, machen wir schließlich nur noch darauf aufmerksam, wie diese Eigenschaft sich auch in den Verbrechen äußerte. Das ältere Rom kannte nicht die heimlichen Schurken und Verbrecher, gegen die das spätere sich zu wehren hatte; die Erbschleicher, Giftmischer, die Fälscher, Betrüger, Denuncianten, Calumniatoren u. s. w. Die Verbrechen der alten Zeit waren Mord, Todtschlag, Raub, Gewalt, Diebstahl.

So hat sich uns also die Oeffentlichkeit als ein Grundzug der alten Zeit bewährt. Es ist wohl kaum nöthig, darauf hinzuweisen, welches Streiflicht sie auf den sittlichen und socialen Zustand des Volks wirft, und welche Vortheile sie mit sich führte. Hervorgegangen ist sie, wie mir scheint, aus der ursprünglichen Innigkeit der Verbindung zwischen dem Individuum und der Gemeinde, sie ist, dürfte man sagen, nur die äußere Erscheinungs-

9) Mit ihr hängt vielleicht auch die für die Bürgschaft im ältern Recht (Note 5) vorgeschriebene öffentliche Verkündigung zusammen.

form der primitiven Gemeinschaftlichkeit des Lebens und der Interessen. Sie setzte ein gutes Gewissen und moralischen Muth voraus und führte eine große Sicherheit des Verkehrs wie der Rechtspflege in ihrem Gefolge mit sich.

Eine zweite Eigenschaft, die uns bei der äußeren Betrachtung des ältern Rechts sofort in die Augen springt, ist die Plastik desselben. Die Plastik des Rechts äußert sich in den für den Rechtsverkehr vorgeschriebenen festen Formen, und ihr praktischer Nutzen besteht darin, die innerliche Verschiedenheit äußerlich darzustellen, das Innere gewissermaßen an die Oberfläche zu rücken. Nur hiernach, nicht nach der Quantität und dem physiognomischen Ausdruck und Zuschnitt der verschiedenen Formen beurtheilt sich ihr Werth vom praktischen Standpunkt aus (§. 45). Es kann also ein Recht einen unendlichen Reichthum an Formen, symbolischen Handlungen u. s. w. haben, und doch diesen praktischen Anforderungen der Plastik nicht entsprechen, wenn nämlich der äußerlichen Formen und Darstellungsmittel mehr sind, als der inneren Unterschiede, der Zeichen mehr, als der Begriffe. Das innerlich Bedeutungslose erhält hier eine äußere Anerkennung, die, wenn auch fürs Leben nicht gerade nachtheilig wirkt, doch die geistige Erfassung des Rechts erschwert. Das germanische Recht gewährt uns ein Beispiel für diese überwuchernde Kraft des plastischen Triebes; in ihm hat die Phantasie, die sinnige Natur des germanischen Charakters sich geltend gemacht auf Kosten des juristischen Verstandes.

Der praktische Werth jener Plastik bestimmt sich ferner nicht nach dem Zuschnitt der Formen. Die Formen sollen weiter nichts als den Begriff signalisiren; ob sie dies aber, wie im germanischen Recht, in poetischer, gemüthvoller Weise thun, oder, wie im römischen, in prosaischer, höchst nüchterner Weise, ob sie nebenbei zum symbolischen Ausdruck tiefsinniger Gedanken, inniger Gefühle u. s. w. benutzt werden, oder sich einfach auf den Dienst beschränken, den sie leisten sollen, äußerliche Kriterien innerer Verschiedenheiten zu sein — dieser Unterschied ist für die

Charakteristik des Volksgeistes bezeichnend, für den juristischen Werth jener Plastik aber völlig gleichgültig.

Wenn wir hiernach nun die Plastik des ältern römischen Rechts beurtheilen, so beschränkt sich dieselbe einfach auf den angegebenen praktischen Gesichtspunkt. Die Formen, die sie zu diesem Zwecke verwendet, sind der Zahl nach gering[10]) und ihrem physiognomischen Ausdruck nach nüchtern und prosaisch. Sie enthalten wenig mehr, als was der juristische Zweck selbst mit sich bringt (z. B. das persönliche Erscheinen der Partheien, die Zuziehung und Aufrufung der Zeugen, das Aussprechen der Formel), oder was zum äußern Ausdruck des innern Vorganges erforderlich schien (z. B. das Berühren der Sache mit der Hand zum Zeichen des beabsichtigten Eigenthumserwerbes, das zum Schein vorgenommene Zuwägen des Erzes als äußere Motivirung einer eingegangenen oder aufgehobenen Obligation, der Scheinkampf bei der Vindikation, der Gebrauch des Speeres).[11]) Die beiden Hauptgeschäftsformen, die mancipatio und in jure cessio, lassen sich sogar rationell analysiren, sie enthalten keinen Zusatz von Symbolik, sondern was dem ähnelt, wie z. B. die Wagschaale und das Einwerfen des Erzes, ist nichts als ein vor der Einführung des gemünzten Geldes nothwendiger, später durch die Macht der Gewohnheit beibehaltener materieller Bestandtheil des Geschäfts selbst.

Der römische Verkehr bewegte sich zum größten Theil in die-

---

10) Wohl zu beachten diejenigen Formen, die rechtlich nöthig waren. Das römische Leben kannte daneben noch eine Menge Formen, denen jene Bedeutung nicht zukam; s. II S. 591 fl. Eine eingehende Betrachtung des römischen Formenwesens folgt §. 45—47.

11) Es verdiente dieser Gegenstand wohl eine neue Bearbeitung. Es existirt darüber eine Schrift von Everard Otto de jurisprudenlia symbolica exercitationum trias Traj. ad Rhen. 1730, die den Vorläufer eines meines Wissens nicht erschienenen größeren Werkes bilden sollte. Für das deutsche Recht hat Reyscher in seinen Beiträgen zur Kunde des deutschen Rechts Heft 1 (über die Symbolik des deutschen Rechts) Tübingen 1833 eine dankenswerthe, aber der Vermehrung fähige Zusammenstellung geliefert.

sen beiden Formen, und diese bei Eigenthumsübertragungen an beweglichen wie unbeweglichen Sachen, beim Verkauf von Sclaven wie von Hauskindern, bei der Adoption, der Ehe, der Emancipation, Manumission, der Errichtung des Testaments, der Eingehung und Lösung der Nexus-Schuld u. s. w. immer wiederkehrende Solennität der mancipatio und in jure cessio gibt dem Verkehr in seinem Aeußern etwas Monotones. Zur Charakteristik der römischen Nationalität im Gegensatz der deutschen kann man dies hervorheben und immerhin ersterer den Vorwurf der Nüchternheit machen und letzterer den Vorzug der „Poesie im Recht" lassen. Aber es ist schon oben bemerkt, daß dies den praktischen Werth der Plastik des Rechts gar nicht berührt, und man darf gerade in der Einfachheit, Nüchternheit und Dürftigkeit der römischen Plastik eine Bethätigung der rein juristischen Anschauungsweise der Römer erblicken. Von welchem Nutzen die Sparsamkeit im Recht ist,[12]) liegt auf der Hand; der Verkehr beherrscht leichter zwei Formen als zwanzig, und die Jurisprudenz kann die Theorie derselben um so schärfer und genauer ausbilden, je weniger ihrer sind.

Wenn nun aber verschiedene Geschäfte mittelst derselben Form abgeschlossen wurden, worin lag denn das Unterscheidende derselben? In der Verschiedenheit des Inhalts und der derselben entsprechenden Formel. Die Gefahr der Verwechslung war für jeden, der das Geschäft mit angesehen und angehört hatte, undenkbar. Daß ein Rechtsgeschäft vor sich gehe, verkündete die Form; welches, der Gegenstand und Inhalt, und damit war den Anforderungen des Verkehrs vollkommen genügt. Unserm heutigen Recht läßt sich ein Gleiches nicht nachrühmen. Unsere Formlosigkeit, vor der nur einige Geschäfte wie das Testament und der Wechsel sich bewahrt haben, macht es oft sehr schwer, wenn nicht unmöglich zu bestimmen, ob ein Rechtsgeschäft, und welches von den Partheien intendirt ist. Auch bei den Römern kamen in

12) In §. 38 und 56 werde ich darauf zurückkommen.

älterer Zeit Geschäfte vor, die nicht in eine rechtliche Form eingekleidet zu werden pflegten; wir werden sie an einer andern Stelle betrachten und zu zeigen versuchen, daß es keine Rechtsgeschäfte im Sinne des ältern Rechts waren und der Beihülfe desselben weder theilhaftig waren, noch auch derselben bedurften. Ein wahrhaftes Rechtsgeschäft ist für die ältere Zeit nur das, welches in Form Rechtens auftritt, äußerlich sich als solches kund gibt. Formlosigkeit widerstrebt der innersten Natur der alten Römer — dies lehrt uns das ganze römische Alterthum. Wer letzteres einer Betrachtung in dieser Rücksicht unterwerfen will, wird finden, daß dasselbe von der Tendenz beseelt ist, die innern Unterschiede durch äußere Zeichen sichtbar zu machen, und wo war diese Tendenz mehr am Platz als gerade im Recht? So wie der Senator, Ritter, der Freie, Mündige, Unmündige, der Angeklagte u. s. w. an seinem Kleide, Ringe u. s. w. kenntlich ist, so soll auch das Rechtsgeschäft durch seine juristische Uniform, wenn ich so sagen darf, seine toga civilis äußerlich erkennbar sein. Fehlt dieselbe, so liegt darin ausgesprochen, daß die Partheien ein Rechtsgeschäft gar nicht intendirt haben, denn sonst würden sie dasselbe in die erforderliche Form eingekleidet haben.

Es ist oben die Unsichtbarkeit der Bewegung des heutigen Rechtsverkehrs als die Folge der unplastischen Natur desselben bezeichnet. Für das römische Recht können wir also umgekehrt der eben erörterten Plastik desselben auch den Ausdruck der Sichtbarkeit und Erkennbarkeit des Rechtsverkehrs geben. Es tritt keine rechtliche Wirkung ein, die nicht eine äußere, mechanische Ursache hätte. Das Mindeste, was verlangt wird, ist das Erscheinen und die persönliche Thätigkeit der Partheien, wenn auch letztere, wie z. B. bei der Stipulation sich ohne weitere äußerliche Handlung auf ein bloßes Aussprechen von Worten beschränkt.

Wir wenden uns jetzt dem inneren Organismus des ältern Rechts zu, und zwar versuchen wir zuerst (§. 24—30) uns der

bewegenden Ideen: der Grundtriebe des Rechts zu bemächtigen. Dieselben lassen sich subjectiv aus der Seele des römischen Volks heraus auch als die Ideale des römischen Rechtsgefühls bezeichnen; was der subjectiven Anschauung des Volks als zu erreichendes Ziel, als Ideal vorschwebt, wird objectiv im Recht die Gestalt eines Motivs oder Triebes der Rechtsbildung annehmen. Die Frage, was dem römischen Rechtsgefühl als letztes Ziel des ganzen Rechts erscheint, welche höchsten Anforderungen letzteres nach römischer Auffassung verwirklichen soll, bildet die Aufgabe der folgenden Darstellung. Ich nehme drei höchste Ziele des Rechts, drei Grundtriebe desselben an, die ich in Ermangelung besserer Ausdrücke als Selbständigkeitstrieb des Rechts, Gleichheitstrieb und Macht- und Freiheitstrieb bezeichne.

II. Die Grundtriebe der ältern Rechtsbildung.

I. Der Selbständigkeitstrieb des Rechts.

Vorbemerkung.

Die Selbständigkeit des Rechts in formaler und materieller Beziehung.

XXIV. Wir schreiben einer Person Selbständigkeit zu, wenn sie die Kraft besitzt, sich aus sich selbst zu bestimmen und fremde Einflüsse, soweit dieselben nicht ihren eigenen Ueberzeugungen und Zwecken entsprechen, zurückzuweisen. Selbständigkeit ist daher noch nicht Vollkommenheit; sie verträgt sich mit dem Bösen so gut wie mit dem Guten, aber sie ist die Bedingung der Vollkommenheit, denn die Vollkommenheit oder sagen wir: das Gute erhält seinen ethischen Werth erst dadurch, daß es die eigene That des Subjects ist.

Uebertragen wir den Begriff der Selbständigkeit auf das Recht, so sagen wir damit von demselben aus, daß es sich nach

den Rücksichten und Zwecken bestimme, die ihm eigenthümlich sind, allen ihm fremdartigen Einflüssen aber sich verschließe. Nehmen wir nun an, daß der dem Wesen des Rechts entsprechende Inhalt objectiv ebenso bestimmt gegeben und zweifellos wäre, wie die Wahrheiten der Mathematik, so daß die Völker ihn nur wie eine reife Frucht vom Baum der Erkenntniß zu pflücken brauchten, so würde das Recht seine Selbständigkeit daran bewähren, daß es, unbeirrt durch alle strömenden und hemmenden Einflüsse, diesen Inhalt völlig rein und unverfälscht und in allen Fällen gleichmäßig zur Verwirklichung brächte. Das entsprechende Mittel dafür ist die Herstellung eines Apparates, der ausschließlich diesem Zweck der Verwirklichung des Rechts bestimmt ist, und der schon durch seine Scheidung und seinen Gegensatz zu den sonstigen Einrichtungen, durch welche die Staatsgewalt ihre Wirksamkeit äußert, die Grenze zwischen dieser und allen sonstigen Aufgaben des Gemeinwesens signalisirt und damit jeden Uebergriff der Staatsgewalt in das Gebiet des Rechts wenn auch nicht factisch unmöglich macht, so doch als einen Widerspruch derselben mit sich selbst, als einen Gewaltact kundgibt und ihn eben damit moralisch und politisch mindestens erschwert. Solange diese Ausscheidung der speciell der Verwirklichung des Rechts gewidmeten Gewalt von der Gesammtgewalt des Staats noch nicht vollzogen ist, so lange letztere noch als einige, ungegliederte Staatsgewalt alle Aufgaben des Gemeinwesens unterschiedslos versieht, fehlt es mithin dem Rechte an der ersten Bedingung zur Selbständigkeit.

Der erste Schritt zur Selbständigkeit des Rechts ist daher die Scheidung der Rechtspflege von den sonstigen Zweigen der Verwaltung mittelst Einsetzung von Behörden, denen der Staat den Beruf zugewiesen und die Pflicht auferlegt hat, lediglich nach dem Recht zu sprechen d. h. von Gerichten. Die Figur des Richters ist der persönliche Ausdruck der vom Staat im Princip anerkannten Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Rechts. In Rom soll dieser erste Schritt durch Servius Tullius geschehen

sein, bis dahin sei die ganze staatliche Gewalt ungetheilt vom König ausgeübt worden,[13]) er erst habe für die Civilrechtspflege Richter eingeführt[13a]) und ihnen die Normen, nach denen sie Recht sprechen sollten, vorgezeichnet. Mag die Nachricht wahr oder falsch gewesen sein, in beiden Fällen ist sie gleich beachtenswerth. In dem einen Fall zeigt sich, wie jene Könige selber, in dem andern, wie die Volksanschauung, welche der Erzählung zu Grunde liegt, die Bedeutung der Gerichtsorganisation für das Bestehen verfassungsmäßiger Zustände, deren Schöpfer und Ordner in Rom ja eben jener König gewesen ist, richtig begriffen hat.

Aber mit der bloßen Ausscheidung der Rechtspflege von den übrigen Zweigen der Staatsthätigkeit allein ist es noch nicht gethan, sie ist der erste unerläßliche Schritt, an den sich aber andere reihen müssen, wenn er selber seinen Zweck erreichen soll. Wenn im Richter sich die Gefahr wiederholt, der wir bei der einigen, noch völlig ungetheilten Staatsgewalt ausgesetzt waren, und der wir eben durch ihn ausweichen wollen: die des Mißbrauchs der Gewalt für Zwecke und Rücksichten, die dem Recht fremd sind — was ist dann viel gewonnen? Wir haben dann nur das Werkzeug der Willkür vertauscht. Aber wie läßt sich, solange Menschen das Recht sprechen, und nicht das Recht selber sich auf den Richterstuhl setzt, diese Gefahr vermeiden? Wodurch können wir den Richter verhindern sich bei seinem Urtheil durch andere Rücksichten leiten zu lassen als die des Rechts? Völlig verhindern läßt es sich allerdings nicht, ebensowenig wie der Eingriff der Staatsgewalt in die Rechtspflege, aber es läßt sich wenigstens erheblich erschweren, die Willkür kann auch hier wiederum mit Einrichtungen umstellt und eingeengt werden, die ihr den Weg verlegen und sie nöthigen, wenn sie sich dennoch hervorwagen

13) Cic. de republ. 5, 2; l. 2 §. 1 de O. J. (1. 2).

13a) Nach der Vermuthung von Bethmann-Hollweg Der röm. Civilproceß. I S. 56 ff. die centumviri und decemviri stlitibus judicandis.

will, dieſelben zu durchbrechen, d. h. ſich als das kund zu geben, was ſie iſt. Dieſe Einrichtungen beſtehen in zweierlei: in der geſetzlichen Fixirung des prozeſſualiſchen Verfahrens und der des materiellen Rechts. Jene zwingt den Richter, Sonne und Licht im Kampf zwiſchen beiden Partheien in gleicher Weiſe zu vertheilen, die Aufzeichnung des materiellen Rechts aber entrückt daſſelbe der Sphäre und dem Einfluß des ſubjectiven Meinens und Fühlens, der ſubjectiven Innerlichkeit des bloßen Rechtsgefühls, welche der bequemſte Schlupfwinkel der Partheilichkeit iſt, und eröffnet, indem es demſelben objectives Daſein und äußere Erkennbarkeit gewährt, damit zugleich die Möglichkeit einer Controlle des Richters.

Richter, Organiſation des Prozeſſes und geſetzliche Fixirung der von ihm anzuwendenden Rechtsgrundſätze ſind demnach die Einrichtungen, welche, indem ſie dem Recht ein äußerlich abgegränztes Gebiet und eine feſte, faßbare Geſtalt, einen Mechanismus gewähren, ihm damit die äußeren Bedingungen verleihen, um den Inhalt, den es in ſich aufnehmen ſoll, möglichſt getreu, gleichmäßig und ſicher zu verwirklichen. Auf ihnen und auf der Art, wie ſie beſchaffen ſind, beruht das eine Hauptſtück der Gerechtigkeit: die Gerechtigkeit in der Anwendung des Rechts. Dieſe Seite der Selbſtändigkeit des Rechts, welche lediglich die Verwirklichungsfrage deſſelben zum Gegenſtand hat, den Inhalt dagegen völlig dahin geſtellt ſein läßt, bezeichne ich als die formale Selbſtändigkeit des Rechts. Sie findet ihr Maß und Ziel lediglich darin, daß dasjenige, was einmal Recht iſt, als ſolches unabwendlich zur Anwendung gelange; und das Mittel, wodurch ſie es erreicht, iſt die Form d. h. die Fixirung, Ausprägung der flüſſigen Rechtsſubſtanz zu feſter, eben damit aber auch beſchränkter Geſtalt. In der Form liegt die Stärke — freilich aber auch die Schwäche des Rechts.[13b]) Der Verlauf unſerer Darſtellung wird uns Gelegenheit geben uns von beiden Behaup-

13b) Trendelenburg Naturrecht. 2. Aufl. S. 88.

tungen ihrem ganzen Umfange nach zu überzeugen, von der ersten an dem gegenwärtigen, von der zweiten an dem dritten System.

Der formalen oder praktischen Selbständigkeit des Rechts, welche mit der Tauglichkeit des für seine praktische Verwirklichung berechneten Mechanismus zusammenfällt, stellen wir gegenüber die innere oder materielle. Dieselbe beruht auf dem Gedanken, daß das Recht nicht eine bloße Form ist, die jeden beliebigen Inhalt in sich aufzunehmen hat, sondern daß nur gewisse Zwecke ein Anrecht darauf haben in dieser Form verwirklicht zu werden, kurz sie postulirt für das Recht nur denjenigen Inhalt, der durch die Idee desselben gegeben ist. Wir müßten demzufolge hier Rede und Antwort darüber stehen, welchen Inhalt die Idee des Rechts postulirt. Die Idee des Rechts! Mit diesem einen Wort tritt uns das höchste und schwierigste Problem der ganzen Rechtswissenschaft in den Weg, denn in dem einen Wort steckt die ganze Abrechnung der Wissenschaft mit dem Recht, seiner Aufgabe auf Erden, seiner Stellung innerhalb der sittlichen Welt, zum Menschen und zur Menschheit, steckt zugleich die Kritik seiner ganzen bisherigen Geschichte.

Wären wir genöthigt, dieses Problem zu behandeln, es wäre nicht abzusehen, wann wir wiederum auf historischen Grund und Boden zurückkehren könnten. Allein es bedarf einer so umständlichen Vorbereitung nicht, um für die Erscheinungen, die wir dort antreffen werden, das richtige Verständniß mitzubringen, vielmehr dürften dazu schon folgende Bemerkungen ausreichen.

Von allen übrigen Mächten und Ideen, welche das menschliche Handeln bestimmen: der des Guten, Schönen, Zweckmäßigen, der Religion, unterscheidet sich das Recht dadurch, daß es sich zu seiner Verwirklichung des Zwanges bedient, also die Freiheit des eigenen Entschlusses aufhebt. Je weiter nun das Recht sein Gebiet ausdehnt, um so kleiner wird folgeweise das Freiheitsgebiet, welches dem Menschen übrig bleibt, und wenn wir uns denken, daß es den ganzen Inhalt jener andern Ideen in sich aufnähme, daß die Gebote der Moral, die Sitte des Lebens, die Dogmen

und Anforderungen der Religion, der nationale Canon des Schönen, Wahren, Zweckmäßigen zu Rechtssätzen gestempelt würden, so wäre das Individuum damit zu einem Automaten gemacht, der, durch das Gesetz aufgezogen, lediglich diejenigen Bewegungen ausführen würde, die das Gesetz ihm vorgezeichnet hätte. Jeder fühlt, daß eine solche Benutzung des Rechts der Idee desselben, d. h. seiner Aufgabe und Bestimmung für die Menschheit widersprechen würde, denn letztere kann unmöglich darin bestehen, aus dem Menschen eine Maschine zu machen und ihm gerade dasjenige, was ihn über die unbelebte Schöpfung und die Thierwelt erhebt: die Fähigkeit der Selbstbestimmung rechtlich zu entziehen. Anerkennung des Rechts der Selbstbestimmung ist also die oberste Anforderung, die wir an das Recht richten, und der Umfang und die Art, in der ein einzelnes positives Recht dieser Anforderung nachkommt, ist für uns der Maßstab, nach dem wir seine innere Selbständigkeit, d. h. die Frage, in welchem Maße es das wahre Wesen des Rechts begriffen und zur Darstellung gebracht hat, bemessen. Allerdings ist jene Aufgabe nicht die einzige, die an das Recht ergeht, denn der Zweck des menschlichen Daseins besteht nicht bloß in der Sicherung der ephemeren Existenz und der Selbstbestimmung der Individuen, das menschliche Dasein erhebt sich vielmehr über die Sphäre des bloß individuellen Lebens hinaus zu höheren Ordnungen dauerhafterer Art, die für die Aufgaben, die an sie ergehen, ebenfalls des Rechts der Selbstbestimmung bedürfen. Dem Individuum gegenüber äußert sich ihr Dasein in doppelter Weise; einmal darin daß sie dasselbe auf eine höhere Stufe der sittlichen Existenz und Wirksamkeit erheben, sodann darin, daß sie dasselbe den Zwecken und Postulaten des Gesammtlebens unterordnen und dasselbe damit in seiner Selbstbestimmung, seiner Willensfreiheit beschränken. Nach beiden Seiten hin, nach der des natürlichen Individuums und der dieser künstlichen Individuen und Willenssubjecte dem Willen die richtigen Bahnen anzuweisen, ihn innerhalb derselben zu sichern und seine Macht zu steigern, ist die höchste Aufgabe des Rechts,

und die Rechtswissenschaft läßt sich daher als die Lehre vom Gleichgewicht der menschlichen Selbstbestimmung bezeichnen. Die geschichtliche Erfahrung zeigt, daß dies Gleichgewicht, wenn auch durch die Macht des Gesetzes hergestellt und aufrecht erhalten, nicht immer ein wirkliches Gleichmaß der beiden Seiten in sich schließt, daß vielmehr bald die eine, bald die andere stärker entwickelt ist. Bald prävalirt das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen auf Kosten von dem der Gesammtheit: der Kraft der Staatsgewalt, bald letztere auf Kosten von dem des Einzelnen: der individuellen Freiheit. Nach der letzteren Seite hin liegt nun das Extrem, welches ich als die Unselbständigkeit des Rechts bezeichne, während das entgegengesetzte Extrem, welche Gefahren und Uebel es auch im übrigen mit sich führen möge, dennoch dem obersten Gedanken des Rechts treu bleibt, daß der Mensch auf Erden nicht dazu da ist, ein willenloses Wesen, eine Maschine in der Hand des Gesetzes zu sein, sondern daß er als Selbstherrscher von Gottes Gnaden einen Kreis beanspruchen kann, in dem sein Wille und seine Einsicht den Ausschlag zu geben haben. Als Maßstab für die Selbständigkeit oder Unselbständigkeit eines einzelnen positiven Rechts dient mir daher das Maß der von ihm gewährten individuellen Freiheit, und es ergibt sich daraus, daß erst der unten folgende Abschnitt über den Freiheitstrieb (§. 30—36) die Frage, die wir in dem gegenwärtigen aufgeworfen haben, vollständig zum Abschluß zu bringen vermag. Was für den gegenwärtigen übrig bleibt, ist, abgesehen von denjenigen Ausführungen, die sich auf die oben entwickelte formale Selbständigkeit des Rechts beziehen, der Nachweis, wie das altrömische Recht diejenigen Ideen, welche erfahrungsmäßig anderwärts die Selbständigkeit des Rechts vielfach beeinträchtigt d. h. letzteres ihren Zwecken dienstbar gemacht haben, rein auf ihre eigene Kraft angewiesen, ihnen aber die Form des Zwanges versagt hat. Man muß sich den Gegensatz vergegenwärtigen, den dazu die Rechte so mancher anderer Völker bilden, um das Bedeutungsvolle der altrömischen Gestalt der Sache richtig zu würdigen.

Ueberwältigt von der Erhabenheit der Idee des göttlichen Weſens, ſchlägt der Orient die Dogmen, Satzungen, Pflichten der Religion in die Feſſeln des Rechts, und ſelbſt der Fortſchritt, den das alte Rom in dieſer Beziehung bewerkſtelligt, indem es Göttliches und Menſchliches richtig von einander trennt, geht der Menſchheit im zweiten Jahrtauſend des Beſtehens der ewigen Stadt wiederum verloren, das Recht muß ganz wie im Orient ſeinen Arm dazu leihen, um Ketzer und Andersgläubige zu verfolgen und zu ſtrafen, bis mit dem Beginn des dritten Jahrtauſends der Proteſtantismus dem Chriſtenthum denſelben Gedanken zurückerobert, den das heidniſche Rom bereits beſeſſen hatte: Freiheit des Glaubensbekenntniſſes und des religiöſen Lebens. Scharf ausgeprägt iſt im alten Rom der Gegenſatz zwiſchen Recht und Moral, nicht etwa weil die Römer die Gebote der letzteren geringer geachtet hätten als andere Völker, ſondern weil ſie klarer als manche andern empfanden, daß der freie Mann das Gute rein des Guten wegen, nicht gezwungen zu thun wünſcht. Aber einem Volke wie dem chineſiſchen, das auf der Stufe der Unmündigkeit erſtarrt iſt, und das es mit aller ſeiner Cultur nie über die Lebensanſchauung eines altklugen Kindes hinausgebracht hat, iſt hinwiederum der Gedanke der perſönlichen Freiheit und mit ihm der Unterſchied zwiſchen dem eigenthümlichen Weſen und Inhalt des Rechts und der Moral nie aufgegangen; die Geſetze Chinas und der Bambus begleiten den Einwohner des himmliſchen Reichs bei allem, was er thut und treibt, im Hauſe und draußen. Selbſt die Fabrikation, die Dichtkunſt und die Wiſſenſchaft erfreut ſich der geſetzlichen Regelung und Fürſorge von oben.[13c]) Und ſelbſt auf europäiſchem Boden, wenn wir nach Gegenſätzen zu der altrömiſchen Weiſe der ſcharfen Trennung des rein Rechtlichen von dem bloß Moraliſchen oder Zweckmäßigen ſuchen wollten, wie reiche Ausleſe würde uns hier beſchieden ſein![13d]) Wie dunkel

13c) S. die vorzügliche Schilderung des chineſiſchen Weſens in Hegel's Philoſophie der Geſchichte.

13d) Das türkiſche Recht habe ich dabei nicht einmal im Auge, denn es

hebt sich z. B. gegenüber dem lichtvollen Untergrunde des altrömischen Rechts das Bild ab, das der moderne Polizeistaat in einer noch nicht lange hinter uns liegenden Epoche uns darbietet. Wie ist hier von aufgeklärtem Despotismus das Recht gemißbraucht, das Selbstbestimmungsrecht des Bürgers mißachtet worden, um Zwecke zu fördern, deren wirkliche oder vermeintliche Nützlichkeit alle anderen Maßregeln, nur nicht die einer Knechtung der privatrechtlichen Freiheit hätte bewirken sollen. Daß die Gesetzgebung das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen möglichst zu wahren und zu achten hat, daß jeder das Recht haben muß, auch etwas Unzweckmäßiges zu thun, und nicht als Frohnknecht für alle Zwecke, welche die Staatsgewalt für verfolgenswerth erachtet, einfach durch das Gesetz herangezogen werden kann — das ist eine Vorstellung, für welche die Gesetzgebung jener Zeit auch nicht das geringste Verständniß hatte. Im alten Rom dagegen besaß der geringste Bürger das vollste Verständniß dafür, und darum hat auch das alte Recht diese Auffassung verwirklicht.

Wir wenden uns nunmehr der Betrachtung des ältern Rechts zu, indem wir dabei die Frage aufwerfen, in welchem Maße dasselbe den im bisherigen entwickelten Anforderungen entsprochen hat. Wir legen dabei jedoch unserer Darstellung den obigen Gegensatz zwischen der formalen und materiellen Selbständigkeit des Rechts nicht zu Grunde, halten es vielmehr für zweckmäßiger, den Stoff nach folgenden vier Gesichtspunkten zu gruppiren.

1) Erhebung des Rechts zu der ihm eigenthümlichen Form (§. 25).
2) Innerliches Zu-Sich-Kommen des Rechts (§. 26).

---

gehört weniger zu den europäischen als den orientalischen Rechten. Beispiele aus demselben s. bei Nik. von Tornauw Moslemitisches Recht. Leipzig 1855. S. 56, 83, 92, 93, darunter selbst gesetzliche Vorschriften über das Begießen der Bäume und das Füttern der Thiere.

3) Selbsterhaltungs- und Erweiterungstrieb des geschriebenen Rechts (§. 27).
4) Sicherheit und Unabhängigkeit der Verwirklichung des geschriebenen Rechts (§. 28).

---

1. Erhebung des Rechts zu der ihm eigenthümlichen Form.

Die Sitte und das Gesetz, geschriebenes und ungeschriebenes Recht — Bedeutung dieses Gegensatzes für die Selbständigkeit des Rechts — Verhalten des ältern Rechts zu diesem Gegensatz (Privatrecht — öffentliches Recht — die Volksgerichte —).

Leges sunt inventae, quae cum omnibus semper una atque eadem voce loquerentur.
Cic. de off. II 12.

XXV. Wir beginnen mit dem ersten und einfachsten Schritt, den das Recht auf der Bahn der Selbständigkeit machen kann, und der doch in seinen Folgen unendlich wichtiger ist, als man gewöhnlich annimmt: dem Fortschritt desselben von dem System des ungeschriebenen zu dem des geschriebenen Rechts, von der Sitte und dem Gewohnheitsrecht zum Gesetz.

Die Frage von der Entstehung des Rechts bildet einen Hauptdivergenzpunkt zwischen der Lehre des vorigen und der des jetzigen Jahrhunderts. Jener zufolge entstand das Recht auf regulärem Wege durch die Gesetzgebung und nur ausnahmsweise auf gewohnheitsrechtlichem Wege. Der Gesetzgeber versorgt den Staat mit Gesetzen, das Recht ist also im wesentlichen nur die Summe der erlassenen Gesetze, das Product legislativer Willkühr oder Weisheit — dem Volk ist es etwas von vornherein Fremdes, äußerlich Angepaßtes oder Aufgedrungenes, das es lernen und sich aneignen muß. So die alte Lehre. Nach der neuern Ansicht ist das Recht ursprünglich ein Product der unmittelbaren Thätigkeit des Volksgeistes. Das nationale Rechtsgefühl

verwirklichte sich unmittelbar durch die That und stellte sich dar in der Sitte (Gewohnheitsrecht). Im Laufe der Zeit tritt als zweite Rechtsquelle die Gesetzgebung hinzu, nicht gerade stets Neues schaffend, sondern oft nur das Bestehende formulirend. Neben ihr dauert aber jene erste Quelle, das nationale Rechtsgefühl mit seiner unmittelbaren Verwirklichung im Gewohnheitsrecht, als völlig gleichberechtigt fort, und letzteres ist nicht etwa eine unvollkommene, bloß tolerirte Art der Rechtsbildung, sondern es ist die eigentlich naturgemäße, normale. Das Gewohnheitsrecht läßt sich recht eigentlich als das Schoßkind der s. g. historischen Schule bezeichnen; es scheint, als ob sie sich verpflichtet gefühlt hätte, dasselbe für die Vernachlässigung, die es früher erfahren, durch um so liebevollere Behandlung zu entschädigen.[14])

Das Neue und Verdienstliche dieser Ansicht besteht darin: erstens, daß sie an die Stelle der bis dahin gelehrten äußeren mechanischen Production des Rechts durch legislative Reflexion eine unmittelbare, s. g. organische Entstehungsweise desselben

14) Es gibt vielleicht kaum eine extremere Verherrlichung des Gewohnheitsrechts, als folgenden Ausspruch von Stahl, den ich seiner Rede über die Aufhebung der Gemeinde-Ordnung vom 11. März 1850 (Augsb. Allg. Zeitung 1853 Nr. 15 S. 228) entlehne, und welcher zum Beweise, bis zu welchem Punkte sich jene ungesunde und geschichtlich völlig unwahre Richtung hat verirren können, der Erinnerung erhalten zu werden verdient: „Die Form der Codifikation zerstört oder lockert wenigstens überall die festen stetigen Rechtsverhältnisse, das feste stetige Rechtsbewußtsein; sie zerstört jedenfalls die Naivetät des Rechtsbewußtseins; sie ist darum am schädlichsten für die ländliche Bevölkerung, denn wenn diese aus solcher Unschuld gerissen und zu der Reflexion aufgefordert wird, ob nicht ganz entgegengesetzte Zustände bestehen könnten, als gegenwärtig, dann ist für sie kein Halt mehr und keine Ehrfurcht vor dem Rechte." (!) Die Geschichte berichtet von diesem Zustand der „Unschuld" etwas ganz Anderes, man erinnere sich z. B. der Veranlassung der XII Tafeln (l. 2 §. 3, 4 de orig. jur. 1. 2), und Reisende, die ihn bei uncivilisirten Völkern aus eigner Anschauung haben kennen lernen, wie z. B. Lad. Magyar Reise in Südafrika I S. 286, Pest 1859, erblicken gerade in der Unbestimmtheit und Dehnbarkeit des Gewohnheitsrechts die Hauptquelle der Rechtsverwirrung. Das Ideal des Gewohnheitsrechts existirt nur in der Phantasie derer, die es erfunden haben.

setzte, ein Hervorquellen desselben aus dem Born des nationalen Rechtsgefühls,[14a]) und sodann daß sie, indem sie dem Recht seine breite nationale Grundlage und damit seine sittliche Würde zurückgab, eine Versöhnung des subjectiven Rechtsgefühls mit der äußern Thatsache des objectiven Rechts anbahnte, es dem subjectiven Geist, der sich früher mit dieser Thatsache nicht innerlich eins fühlen konnte und sich in unbefriedigter Sehnsucht in die öden Wüsteneien des Naturrechts flüchtete, möglich machte, sich in dieser äußern Welt heimisch zu fühlen als in einer Schöpfung, an der er selbst mit arbeitet; ihn lehrte, in dieser Schöpfung nur den Ausdruck dessen zu finden, was er selbst dunkel und unvollkommen in sich trägt.

Wie aber so leicht eine neue Wahrheit im ersten Uebermuth über ihr Ziel hinausschießt und in Einseitigkeiten verfällt, so ist es auch hier geschehen, ohne daß ich damit aber im mindesten das Verdienst der Urheber und ersten Verfechter der neuen Lehre schmälern will; jede neue tief eingreifende Wahrheit hat meiner Ansicht nach erst das Stadium der Einseitigkeit durchzumachen. In Bezug auf die angegebene aber scheint es mir freilich, daß dasselbe lange genug gedauert habe.

Der Vorwurf, den ich dieser Lehre mache, besteht darin, daß

14a) In dieser Weise denkt man sich insbesondere die uranfängliche Bildung alles Rechts, dasselbe soll eben so mühelos und ungesucht zur Welt gekommen sein wie die Sprache, lediglich als Frucht des unbelauscht, unbewußt und ungestört schaffenden Volksgeistes — eine Idealisirung der Urzustände der Völker, die zu allem, was wir sonst über dieselben wissen, sehr schlecht stimmt, und der ich in meinem Kampf ums Recht, Aufl. 3. Wien 1873 S. 27 u. fl. eine andere Ansicht gegenüber gestellt habe, die dem wirklichen geschichtlichen Sachverhalt mehr entsprechen dürfte, nämlich die, daß das Recht, wie zu jeder Zeit, so auch bereits in der Urzeit einen schweren Kampf zu bestehen gehabt hat, um sich und seine Sätze zur Geltung zu bringen. Ich unterschreibe in dieser Beziehung ganz den Satz von Treitschke in seinen Historisch-politischen Aufsätzen S. 137: „Was den Nachlebenden als das einfache Werk einer allgemeinen fraglosen Volksstimmung erscheint, das ist in Wahrheit erwachsen aus harten Kämpfen starker eigenwilliger Köpfe."

sie in Ueberschätzung der s. g. „naturwüchsigen Bildung" des Gewohnheitsrechts den ungeheuern Fortschritt, den das Recht durch seinen Uebergang von dem Gewohnheitsrecht zum gesetzlichen Recht macht, ignorirt. Um diesen Fortschritt nachzuweisen, werden wir diese beiden Existenzformen des Rechts miteinander vergleichen.

Jener primitive Zustand des Rechts, von dem aus das Recht eines jeden Volkes sich erhoben hat, und der in vereinzelter Weise noch heutzutage als Gewohnheitsrecht vorkommt, hat auf den ersten Blick für die bloße Gefühlsbetrachtung etwas sehr Verführerisches, und zwar aus demselben Grunde, aus dem eine nüchterne Kritik ihn als einen höchst unvollkommnen zu bezeichnen hat. Diese scheinbare Vollkommenheit, aber wirkliche Unvollkommenheit besteht in der diesen Zustand charakterisirenden Harmonie und Einheit. Eins ist hier das Recht mit dem Subject — es lebt als Rechtsgefühl oder rechtliche Ueberzeugung (s. g. opinio necessitatis) in seiner Brust; eins mit dem Leben — es tritt ihm nicht wie das Gesetz als äußere Anforderung fremd entgegen, sondern es ist ihm selber immanent, seine eigene, selbst gebildete Ordnung; eins mit der Zeit — es schreitet stets mit ihr fort, bleibt nicht wie das Gesetz hinter ihr zurück. Einig endlich in sich ist die ganze Rechtsauffassung; kein Widerspruch von Gesetzen. Die Entscheidung wird nicht genommen aus einem einzelnen Paragraphen, sondern aus der Fülle der totalen Rechtsanschauung. Gerade diese durchgehende Einheit, dieser friedliche Zusammenhang aber ist das Zeichen der Unvollkommenheit; denn der Fortschritt des Rechts besteht in der Zerstörung jenes natürlichen Zusammenhanges, in unausgesetzter Trennung und Isolirung.

Durch den Ausdruck: Gewohnheitsrecht hat man sich die unbefangene Auffassung vielleicht nicht wenig erschwert. Die Römer, die einerseits freilich auch von einem jus, quod moribus introductum est sprechen, gebrauchen doch andererseits gern die Ausdrücke: mores majorum, consuetudo, usus longaevus,

und in diesen Ausdrücken, die ich am liebsten durch Sitte wiedergeben möchte, liegt der richtige Gesichtspunkt meiner Ansicht nach ganz zutreffend ausgesprochen. In der Sitte findet auch die rein sittliche Anschauung des Volkes ihren Ausdruck; gerade von diesem äußeren Moment hat die Sprache die Bezeichnung der letzteren als Sittlichkeit, Moralität (mores) entlehnt. Ganz dieselbe Form aber ist es, in der im Gewohnheitsrecht die rechtliche Ueberzeugung zur Erscheinung gelangt. Aeußerlich also sind beide gar nicht zu unterscheiden; es bleibt demnach als Unterscheidungsmerkmal nur das innere Moment d. h. die Anforderung, daß der Gegensatz von Recht und Moral im einzelnen Fall als Gegensatz der rechtlichen und bloß moralischen Verpflichtung subjectiv klar erfaßt sei. Dies mag nun in manchen Fällen in der That der Fall sein, in andern dagegen wird sich der Unterschied nur als eine graduelle Differenz in der Stärke des Pflichtgefühls ankündigen, in andern endlich gar nicht entwickelt sein. Kurz das Gefühl, das der Sitte zu Grunde liegt, trägt vermöge seiner Unbestimmtheit die Möglichkeit eines Schwankens nach beiden Seiten in sich. Es ist die sittliche Substanz im Zustande der Flüssigkeit, das Chaos, in dem die Elemente der sittlichen Welt noch ungeschieden durcheinander wogen, und aus dem erst höchst allmählig die Gegensätze und Arten sich scheiden. Eine äußere Anregung treibt die flüssige Masse in diesem Fall vielleicht mehr nach Seiten des Rechts, in jenem mehr nach Seiten der Moral; in diesem Falle äußert sich das Gefühl als unbedingtes Gebot, in jenem Falle, der an sich gar nicht verschieden war, als freie Anforderung.[15]) Der Grund liegt darin, daß die sitt-

15) Als Beispiel aus der römischen Rechtsgeschichte diene der Einfluß der Sitte auf die römischen Familienverhältnisse (§. 32), insbesondere die Familiengerichte, die Ausübung des Tödtungsrechts von Seiten des Vaters und Ehemannes. Daß auch die Römer sich dieses Moments der Unbestimmtheit des Gewohnheitsrechts und des Gegensatzes des Gesetzes dazu sehr wohl bewußt waren, darüber s. z. B. l. 2 §. 3 de O. J. (1. 2): incerto magis jure et consuetudine, quam per legem latam, §. 4. Postea ne

liche Substanz mit der Subjectivität noch ganz zusammenfällt, also wie alles rein Innerliche den Schwankungen der subjectiven Stimmung unterworfen ist. Jene Gleichmäßigkeit, die wir oben als eine der Cardinaleigenschaften des Rechts hingestellt haben, ist hier also noch nicht gewonnen; es fehlt dem Recht noch die Festigkeit und Härte, die sein Wesen ausmacht und es von der Moral unterscheidet. Dieser Zustand der Flüssigkeit, in dem es sich befindet, ist der Zustand seiner höchsten Unselbständigkeit, und es wäre vielleicht am richtigsten, es als Zustand der Identität des Rechts und der Moral unter dem Namen der Sitte dem Recht gegenüber zu stellen.

Mit dieser Vorstufe hat nun, wie bereits bemerkt, das Recht aller Völker begonnen und nach Verschiedenheit der Volksindividualitäten bald länger, bald kürzer darauf verweilt.[16]) Wir haben aber nicht nöthig in so entlegene Zeiten der Geschichte zurückzusteigen, um diese Vorstufe kennen zu lernen; das Schauspiel der gewohnheitsrechtlichen Bildung wiederholt sich, wenn auch in vereinzelten Anwendungen, täglich unter unsern Augen, und an ihm können wir von dem eben Gesagten die Probe machen.

Wer selbst aus eigener Erfahrung Versuche des Beweises eines speziellen Gewohnheitsrechtes kennt, wird mir einräumen, daß dabei überall das zu Tage kommt, was ich als das Wesen der Sitte bezeichnet habe: die Unbestimmtheit. Er weiß, daß je nach der Verschiedenheit der vernommenen Personen das Gefühl

---

diutius id fieret placuit etc. Ebenso die Griechen, die in Bezug auf die Dehnbarkeit und Unsicherheit des Gewohnheitsrechts wohl dieselben Erfahrungen gemacht hatten, wie die Römer in der Zeit vor den XII Tafeln. Eine wahrhaft freie Staatsform bewährt sich ihrer Ansicht zufolge an der Herrschaft des Gesetzes, das Gewohnheitsrecht ist etwas Unvollkommnes, Rohes und ziemt sich für den Barbaren; der Grieche drückt klar aus, was geschehen soll, dieser hat *νόμους*, jener bloße *νόμιμα*. S. darüber Karl Friedrich Hermann Ueber Gesetz, Gesetzgebung und gesetzgebende Gewalt im Alterthum, Göttingen 1849. S. 9, 21.

16) Die griechische Bezeichnung des Rechts, *δίκη* (B. 1 Anm. 114) ist diesem Grund und Boden entwachsen.

der Nothwendigkeit bald schwerer, bald leichter empfunden wird d. h. bald mehr als Rechtsgefühl, bald mehr als Glaube einer bloß moralischen Verpflichtung. Und ebenso lehrt die Erfahrung, daß je nach Verschiedenheit des Richters derselbe Beweis des Gewohnheitsrechts bald für erbracht, bald für mißlungen erklärt wird. Die Theorie des Gewohnheitsrechtes möge sich noch so sehr ihrer vermeintlichen Bestimmtheit rühmen, sie möge ihr „Rechtsgefühl" als Quelle des Gewohnheitsrechts in abstracto noch so sehr zu dem Gefühl einer bloß moralischen Verpflichtung in Gegensatz stellen: im Leben schwimmen beide nur zu oft zu einem Fluidum zusammen, und Unbestimmtheit ist das unvertilgbare Muttermal der meisten concreten Gewohnheitsrechte.[17])

Je weniger nun dem bisherigen nach das Recht in seinem primitiven Zustand bereits innere Festigkeit und Bestimmtheit gewonnen hat, je mehr die Möglichkeit eines Schwankens in seiner Natur begründet ist, um so höhern Werth hat auf dieser Stufe die Tugend der Gerechtigkeit. In ihr erhebt sich das Recht zu dem Bestreben, sich frei zu machen von dem Wechsel der Stimmungen, dem Einflusse aller persönlichen Bezüge u. s. w., und eine Gleichheit der rechtlichen Behandlung eintreten zu lassen; es ist die erste Regung des Selbständigkeitstriebes des Rechts. Die Gerechtigkeit hat hier noch mit der ganzen Gefühlssubstanz zu ringen, von der sie umgeben ist, und nur ein ungewöhnlicher Grad von Einsicht und Charakterfestigkeit ist dieser Aufgabe gewachsen. Daher auch die außerordentliche Anerkennung, die sie findet, und die für die spätern Entwickelungsstufen des Rechts keinen Sinn haben würde.

17) Wer einen eclatanten Beleg dafür wünscht, der vergleiche einmal die Fälle, in denen unsere Doctrin von einem allgemeinen auf dem Boden des römischen Rechts erwachsenen modernen Gewohnheitsrecht spricht. Wo der Eine eine bindende Praxis annimmt (z. B. hinsichtlich der Ausdehnung der restitutio minorum auf sämmtliche universitates personarum) meint der Andere: „eine auf so irriger Theorie beruhende Praxis sei denn auch nicht geeignet, den erwähnten Rechtssatz zu begründen." Diese Beiden sind gerade die beiden Koryphäen des Gewohnheitsrechts: Puchta (Pandekten §. 103) und Savigny (System VII. S. 161).

In unſerm heutigen Recht iſt das Verdienſt der Gerechtigkeit ein unendlich geringeres; ſie liegt zum größten Theil ſchon in der Conſtruction unſeres Rechts, und was das Subject dabei thut, iſt nichts beſonderes. Seitdem das Recht in ſich ſelbſt den Prozeß der Ueberwindung des bloßen Gefühlsſtandpunktes durchgemacht hat, iſt dieſe Arbeit dem einzelnen Subject erſpart oder wenigſtens bedeutend erleichtert; was früher mühſam geſucht und gefunden werden mußte und nur von Auserwählten gefunden ward, liegt jetzt offen da und läßt ſich erlernen ohne großes Talent.[17a])

In demſelben Maße, in dem nun ein Volk das Bedürfniß nach Gerechtigkeit d. h. nach Gleichmäßigkeit empfindet, wird es den Trieb in ſich fühlen, ſich von dem Zufall der bloß individuellen Gerechtigkeit unabhängig zu machen, die Gerechtigkeit immer mehr aus der Sphäre ſubjectiver Eingebung in das Recht ſelbſt hinein zu verlegen. Das Mittel dazu iſt das Geſetz. Das Geſetz iſt der Akt, wodurch das Recht aus dem Zuſtand der Naivetät heraustritt und in officieller Weiſe zum Selbſtbewußtſein gelangt. Scheinbar iſt dieſer Vorgang ohne große Bedeutung, und doch ruft er in ſeiner Verallgemeinerung eine Reihe der wichtigſten Veränderungen im Recht ſelbſt hervor. Jede einzelne dieſer Veränderungen hat ihre Kehrſeite, und für den, der ſich an dieſe Kehrſeiten hält, und überſieht, daß kein Fortſchritt in der Welt davon frei iſt, kann der Anſchein entſtehn, als ob jener primäre Zuſtand doch das eigentliche Paradies, das Auftreten der Geſetzgebung aber den Sündenfall des Rechts bezeichne. Nach allen jenen Seiten hin, nach denen früher im Recht Harmonie und Einheit herrſchte, wird dieſelbe jetzt wie mit dem Sündenfall zerriſſen. Eins war früher das Recht mit dem ſubjectiven Gefühl. Jetzt trennen ſich beide; an die Stelle des ſubjectiv Innerlichen

17a) Cic. de off. II. 12. Jus enim semper est quaesitum aequabile neque enim aliter esset jus. Id si ab uno justo et bono viro consequebantur, erant eo contenti; quum id minus contingeret, leges sunt inventae, quae cum omnibus semper una atque eadem voce loquerentur.

tritt etwas objectiv Aeußerliches. Nicht das ist mehr Rechtens, was in der Brust des Subjects lebt, sondern der todte Buchstabe. Eins war früher das Recht mit dem Leben; wie letzteres sich bewegte und gestaltete, so auch jenes, das Recht war nie hinter der Zeit zurück, stand nie mit ihren Bedürfnissen in Widerspruch. Mit dem Gesetz hört diese Einheit auf. Das Recht steht nicht mehr innerhalb des Lebens und schreitet nicht mehr von selbst mit ihm fort, sondern es steht außerhalb desselben, regungs- und bewegungslos, und richtet von außen her seine Gebote an dasselbe. Das Gesetz erstarrt in demselben Moment, in dem es verzeichnet wird, während das Leben in unausgesetzter Bewegung bleibt, und doch soll letzteres sich der todten Satzung der Vergangenheit fügen!

Auch hinsichtlich der Art der Beurtheilung der concreten Rechtsverhältnisse bereitet sich mit dem System des geschriebenen Rechts eine Veränderung vor, die gleichfalls scheinbar mit einer Einbuße verbunden ist. Das Rechtsgefühl war etwas Ungetheiltes, Einiges, kein Theil desselben arbeitete für sich allein; es war ein Spiegel, der die concreten Rechtsverhältnisse mit einem Male in ihrer ganzen Erscheinung, in allen ihren Bezügen, nach allen Seiten hin erfaßte.[17b]) Kurz es war die Unmittelbarkeit des Totaleindrucks, welche in der Periode der Naivetät das Urtheil bestimmte. Wie aber jetzt? Der Spiegel ist in Stücke zerschlagen, und aus den Splittern und Stücken sind die schmalen Paragraphen eines Gesetzes oder Gesetzbuches geworden. In ihnen hat der concrete Fall sich abzuspiegeln, erst in diesem Paragraph von dieser Seite, dann in jenem von jener Seite. Also vollständige Zerstückelung statt der Einheit!

Es ist leicht, wie man sieht, die Kehrseiten des geschriebenen Rechts aufzudecken und bei Schwärmern und Urtheilslosen eine Sehnsucht nach dem „Recht, das mit uns geboren," zu erregen. Die Wahrheit hat hier nicht so leichtes Spiel, denn sie befindet sich von vornherein mit der Gefühlsnatur im Menschen in Wider-

17b) S. über den hier berührten Gegensatz II 333 Note 498.

ſpruch. Die Tendenz des Rechts nach Selbſtändigkeit und Objectivität, als deren Ausfluß das Geſetz erſcheint, hat ja von vornherein zum Zweck, die Herrſchaft des Gefühls im Recht zu brechen,[17c]) und die ganze Methode, Technik, Conſtruction des Rechts dient demſelben Zweck. Erklärlich, daß das Gefühl, das ſich dadurch in ſeinem innerſten Weſen bedroht ſieht, ſich dagegen ſträubt, und daß, je mehr in einem Volke oder Individuum die Gefühlsnatur prävalirt, es ihm um ſo ſchwieriger fällt ſich mit dieſer Weiſe des Rechts zu befreunden. Man ſieht, alle jene Veränderungen, die das Syſtem des geſchriebenen Rechts hervorruft, beruhen auf Trennung und Iſolirung, und wir haben hier Gelegenheit, die Wahrheit der obigen Bemerkung, daß der Fortſchritt des Rechts in Trennung beſteht, zu erproben. Wie das ſelbſtändige Leben des Kindes erſt durch Trennung von der Mutter begründet wird, ſo auch das des Rechts erſt durch die Ablöſung von dem nationalen Rechtsgefühl, in dem es ſeinen Urſprung fand. Dieſe Ablöſung aber geſchieht durch das Geſetz. Allerdings erleidet das Recht dadurch eine gewiſſe Einbuße, es verliert jene Flüſſigkeit und Beweglichkeit, allein die Einbuße ſteht in keinem Verhältniß zu dem Gewinn, d. i. der Zunahme des Rechts an Feſtigkeit, Beſtimmtheit, Gleichmäßigkeit, kurz an Selbſtändigkeit. Theils nämlich vermag auch das geſchriebene Recht ſich eine gewiſſe Elaſticität zu erhalten, wie das dritte Syſtem uns dies veranſchaulichen wird; durch entſprechende Aenderungen ſeiner ſelbſt kann es jederzeit der Entwickelung des Verkehrs und der nationalen Rechtsanſchauung folgen. Theils aber iſt die Beſtimmtheit, Sicherheit, Gleichmäßigkeit, Ruhe, Feſtigkeit des Rechts für das Leben unendlich viel wichtiger als die Fähigkeit ſich letzterem ſtets in jedem Augenblick und für jedes einzelne Verhältniß zu akkommodiren. Denn die Verhältniſſe, in denen ſich das rechtliche Leben der Gattung darſtellt, ſind nicht ſo individuell, daß ſie ſich nicht typiſch durch

17c) Liv. II. 3: Leges rem surdam inexorabilem esse, nihil laxamenti nec veniae habere, si modum excesseris.

das Gesetz normiren ließen; es kommt nur darauf an, daß das Gesetz in seiner Klassificirung weit genug ins Detail hinabsteigt. Und ebensowenig sind sie so veränderlich, daß sie sich nicht ohne Zwang auf längere Zeit einer und derselben Regel fügen könnten.

Der positive Fortschritt, den das Recht mit seiner Aufzeichnung macht, läßt sich mit einem Wort bezeichnen als *Uebergang aus der subjectiven Innerlichkeit zur objectiven Aeußerlichkeit*. Hiermit hat dasselbe zunächst die Selbständigkeit in der *Form* gewonnen. Die Sitte, in der es sich früher darstellte, war eine ihm nichts weniger als eigenthümliche Form; auch das rein *Zweckmäßige*, das zum Recht nicht die entfernteste Beziehung hat, kann Sitte sein. Das Gesetz hingegen ist die ausschließliche Form des Rechts. Was Sitte ist, ist nicht bloß darum schon Recht, wohl aber, was Gesetz ist. So ist also der Unbestimmtheit des Rechts hinsichtlich der Form fortan ein Ende gemacht. Ferner und vor allem aber ist damit die wichtigste Eigenschaft des Rechts: die Gleichmäßigkeit angebahnt. Während früher das Recht wie das Bild im Wasser den Fluctuationen des reflectirenden Gegenstandes mit unterworfen war, wird es jetzt reflectirt aus einem Spiegel, der keiner Bewegung fähig ist. Freilich kommt es auch bei diesem Spiegel wie bei jedem darauf an, wer hinein sieht; auch das Gesetz schließt wie alles Objective, wenn es vom Subject erfaßt wird, den Einfluß der subjectiven Verschiedenheiten und der Stimmungen desselben Subjects nicht völlig aus, aber es ist doch ein objectiver Anhaltspunkt gewonnen, den Schwankungen der subjectiven Ansicht, den Einflüssen des Gefühls bis zu einem gewissen Grade ein Damm entgegengesetzt. Aus einer Sache des Gefühls wird das Recht jetzt ein Gegenstand der *Erkenntniß*, es wird logisch berechenbar, objectiv meßbar. Die Intuition macht folgeweise immer mehr dem discursiven Denken Platz. Das Mangelhafte der Beurtheilung der Rechtsverhältnisse nach dem Totaleindruck, von der oben die Rede war, besteht darin, daß leicht unbewußter Weise unberechtigte Einflüsse auf die Her-

vorbringung des Totaleindrucks mitwirken können. Eine genaue Vergleichung der verschiedenen Fälle ist nicht möglich, wenn man sie bloß in ihrer Totalität auffaßt, sondern es ist wie bei der chemischen Vergleichung der Körper eine Auflösung in ihre Grundbestandtheile, ein Zerlegen und stückweises Vergleichen und Abwägen derselben erforderlich. Wir werden an einer spätern Stelle Gelegenheit erhalten, die juristische Scheidekunst in ihrer innersten Werkstätte zu beobachten, und gehen daher hier auf diesen Punkt nicht weiter ein, kehren vielmehr zum ältern römischen Recht zurück, indem wir dasselbe unter dem bisher entwickelten Gesichtspunkt betrachten.

Den Römern konnte es ihrer ganzen Natur nach nicht beschieden sein lange in dem naiven Zustande der Sitte zu verharren. Für ein Recht, das wenigstens nach seiner privatrechtlichen Seite hin vom Selbständigkeitstriebe beseelt war wie kein anderes, versteht sich eine entschiedene Hinneigung zum System des geschriebenen Rechts ganz von selbst. Es ist in dieser Beziehung bezeichnend, daß die spätere Zeit selbst die Einrichtungen der Urzeit, offenbare Naturproducte, wenn ich so sagen darf, auf Gesetze des Romulus und Numa zurückführte. Dem römischen Geist erschien es als das Natürliche, daß die Reflexion und das Bewußtsein die sittliche Welt gestalte oder das Vorhandene wenigstens in Form des Gesetzes erfasse und darstelle (§. 8).

Jene älteste Zeit mit ihren angeblichen Gesetzen liegt außer unserm Gesichtskreise. Dagegen gibt uns das Recht der Republik das Bild einer regen Thätigkeit der Gesetzgebung, auf die wir aber hier im Einzelnen begreiflicherweise nicht eingehen können. Die hervorragendste Erscheinung dieser Periode ist die Zwölftafelngesetzgebung, die Grundlage des ganzen zweiten Systems. Im wesentlichen enthielt dieselbe nur eine Codification des bestehenden Rechts und war wie ähnliche Erscheinungen bei andern Völkern z. B. bei den Germanen zur Zeit der Völkerwanderung, durch eine fühlbar gewordene Unsicherheit des Rechts veranlaßt, wenigstens wird uns von spätern Referenten dies Motiv an-

gegeben.[18]) In der Regel ſind es bedeutende Störungen der bisherigen Lebensverhältniſſe der Völker, die eine ſolche Unſicherheit und mit ihr das Bedürfniß der Codification herbeiführen, namentlich ſtarke Zuflüſſe neuer ethniſcher Elemente, Aenderungen in dem Compoſitionsverhältniß der Volksſchichten u. ſ. w. In Rom lag der Grund in der durch die Vertreibung der Könige verſchobenen Stellung der Patricier und Plebejer, und die Plebs war es, auf deren Rechnung das Verdienſt fällt, jene für die ganze römiſche Rechtsentwickelung ſo unendlich folgenreiche Maßregel der Codification des beſtehenden Rechts erzwungen zu haben. Die Abſicht war auf eine erſchöpfende Formulirung des geſammten geltenden Rechts gerichtet, daß dieſelbe aber nur annäherungsweiſe zu erreichen war, braucht nach unſern Ausführungen über das Verhältniß der Formulirungen des Rechts zu dem wirklichen Rechte (B. 1 Einleitung) nicht erſt bemerkt zu werden. Ein näheres Eingehen auf dieſes Zwölftafelngeſetz iſt hier nicht am Orte, da dem Geſichtspunkt, den wir gegenwärtig verfolgen, mit der Verweiſung auf die bloße Thatſache jener Codification ein Genüge geſchehen iſt; nach andern Seiten hin werden wir noch öfter auf jenes Geſetz zurückkommen müſſen.

Wir haben bisher dem ältern Recht im allgemeinen eine Hinneigung zum Syſtem des geſchriebenen Rechts vindicirt, dieſe Behauptung bedarf aber einer nähern Beſtimmung hinſichtlich der einzelnen Theile des Rechts. Auf dem Gebiete des Privatrechts und Civilprozeſſes tritt jene Tendenz am entſchiedenſten hervor, weniger im Staatsrecht, am wenigſten im Criminalrecht.

Wer ſich unbefangen dem Eindruck des ältern Rechts hingibt,

---

18) Pomponius in l. 2 §. 3 de orig. jur. (1. 2) iterumque coepit populus Romanus incerto magis jure et consuetudine uti, quam per legem latam. Auf daſſelbe Motiv der unerträglich gewordenen Unſicherheit des Rechts wird die Geſetzgebung des Drako zurückgeführt, K. F. Hermann in der Note 15 citirten Schrift, S. 45.

wird auf den zuerst genannten beiden Gebieten eher alles andere finden als eine Bestätigung der Lehre der historischen Schule von der „naturwüchsigen" Existenz und Fortbildung des Rechts.[19]) Die ersten Blätter der römischen Geschichte berichten bereits von einem so grundlegenden Gesetzgebungswerk wie dem des Servius Tullius, und in dem Maße identificirte die römische Vorstellung die Herrschaft des Rechts mit der der Gesetze, daß sie selbst die Einrichtungen der mythischen Zeit in Gesetze des Romulus und Numa Pompilius verwandelte [19a]) und sich die Thatsache, daß trotz der Gesetze der Könige so bald nach der Königszeit die umfassende Gesetzgebung der XII Tafeln nöthig ward, nicht besser zurecht zu legen wußte, als daß sie in die Anfangszeit der Republik eine Periode des Gewohnheits- d. h. in ihren Augen eines unsichern Rechts einschob.[20]) Varro bezeichnet das Gesetz als einzige Quelle, aus der in alter Zeit der Prätor habe schöpfen dürfen, nur dem Censor habe die Billigkeit (d. h. das nicht geschriebene Recht) als Richtschnur gedient,[21]) und einem Gajus konnte es sogar begegnen, daß er bei Aufzählung der Rechtsquellen in einem Institutionen-Compendium das Gewohnheitsrecht völlig

19) Puchta Gewohnheitsrecht B. 1 S. 16 scheint gerade entgegengesetzter Ansicht zu sein, er meint sogar, bei den Römern habe der Gegensatz zwischen gesetzlichem und Gewohnheitsrecht durchaus nicht die Wirksamkeit erhalten, welche ihm in unserer Zeit zu Theil geworden sei. Wenn er sich dafür aber auf die interpretatio beruft, welche nur als eine Fortsetzung des geschriebenen Rechts betrachtet worden sei, so spricht dies eher gegen, als für seine Meinung; und er selbst erkennt (S. 24) auch den „Vorzug des gesetzlich niedergeschriebenen Rechts der Zwölf Tafeln an, an welches alles andere Recht angeschlossen wurde, wodurch es denn allerdings als ein damit identisches anerkannt wurde, andererseits aber eine sekundäre Stelle gegen das gesetzliche erhielt."

19a) So beginnt bei Livius (I. 8) die Gründung Roms mit der Gesetzgebung: vocata multitudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat, jura dedit.

20) Pomponius in der mehrfach citirten l. 2 §. 3 de O. J. (1. 2).

21) Varro de L. L. VI. 71 quod tum praetorium jus ad legem et censorium judicium ad aequum aestimabatur.

vergaß![22]) Auch Aelius hatte in seiner Tripertita für das Gewohnheitsrecht keinen Platz.[23]) Der älteste Prozeß verräth schon durch seinen Namen (legis actio), welche Rolle das Gesetz in ihm spielt, und ob mit Recht oder Unrecht, kurzum Gajus und Pomponius erblicken in den Legisactionen nur eine Einrichtung zum Zweck der Verwirklichung der Gesetze, denselben aufs Haar angepaßt und bestimmt der liebenswürdigen Harmlosigkeit, deren das Recht bei seiner naturwüchsigen Existenz sich erfreute, ein Ende zu machen.[24]) Nur ein Beispiel weiß Gajus zu nennen, wo eine legis actio auf ein anderes Verhältniß ausgedehnt worden sei, als wofür sie im Gesetz eingeführt war: die per pignoris capionem, und sie war nur ein außergerichtlicher Akt, dem die Eigenschaft einer legis actio von Manchen bestritten wurde. Keine der wichtigen Reformen, denen der Prozeß im Lauf der Zeit unterlag, ist auf gewohnheitsrechtlichem Wege erfolgt, für alle weiß Gajus ein Gesetz zu nennen, und selbst die allmählige, gewohnheitsrechtliche Umbildung der Formeln des Legisactionenprozesses war durch ihre bekannte Abhängigkeit von den Gesetzen (Gaj. IV, 11) ausgeschlossen.

Kurz der altrömische Prozeß ist seiner ganzen Anlage und seiner Geschichte nach ein Protest gegen das Gewohnheitsrecht, wie er sich kaum schroffer und deutlicher denken läßt,[25]) und wenn man bedenkt, daß die Unsicherheit des Gewohnheitsrechts als der Grund angegeben wird, der die XII Tafeln ins Leben gerufen habe, so wird man diesen Protest verstehen. Der Zweck der ganzen Einrichtung war, es dem Magistrat unmöglich zu machen,

22) Gaj. I. 2. Darauf macht mit Recht Lenz Ueber die geschichtliche Entstehung des Rechts, Greifswald und Leipzig 1854, S. 164, der die im Text entwickelte Ansicht theilt, aufmerksam.

23) l. 2 §. 38 de O. J. (1. 2).

24) Pomponius a. a. O. §. 6: ex his legibus actiones compositae sunt ... quas ne populus prout vellet institueret, certas solennesque esse voluerunt.

25) In weiterer Ausführung komme ich in §. 47 (II S. 666 fl.) darauf zurück.

nach einer andern Rechtsquelle zu urtheilen als nach Gesetzen. Der Zweck wäre nur zur Hälfte erreicht worden und nicht einmal das, wenn sich die Gesetze, welche der magistratischen Willkür eine Grenze setzen sollten, gleich unsern heutigen Prozeßgesetzen lediglich auf die Form des Verfahrens beschränkt hätten. Dies war aber keineswegs der Fall, denn unsere heutige Scheidung zwischen dem materiellen und dem Prozeßrechte ist der alten Zeit fremd (III. 19), in den Legisactionen steckte zugleich das materielle Recht; ein Anspruch, der kein Gesetz für sich citiren konnte, existirte für den Richter nicht.

So war denn der Spielraum des Gewohnheitsrechts im alten Recht ein höchst beschränkter. Außer dem Fall der pignoris capio wüßte ich kein Beispiel davon als die Erleichterung, welche der Prätor bei Ausdehnung des römischen Gebiets sich für den Akt des manum conserere verstattete, indem er die Partheien nicht mehr wie einst auf das Grundstück begleitete. (II 600.) [26]) Für das materielle Recht ist mir kein Beispiel einer selbständigen gewohnheitsrechtlichen Bildung aus dieser Zeit bekannt. Diejenigen, die man etwa als solche bezeichnen könnte, sind Producte der interpretatio der Juristen (§. 27) d. h. Fortbildungen des Gesetzes. Will man diese Thätigkeit der Juristen, weil sie unter der Form der Interpretation wirklich neue Rechtssätze ins Leben rief, unter den Gesichtspunkt des Gewohnheitsrechts bringen, dann allerdings öffnet sich für letzteres eine reiche Aerndte. Allein wie wenig diese Schöpfungen der Juristen, das jus civile im engern Sinn, geeignet sind, die Idee des s. g. naturwüchsigen, organischen Wachsens des Rechts zu unterstützen, in welchem Maße alles, was aus ihren Händen hervorgegangen ist, den Stempel bewußter Absicht und einer nach ganz bestimmten Regeln operirenden höchst ausgebildeten Kunst an sich trägt, das hoffe ich

26) Gell. XX. 10. institutum contra XII tabulas tacito consensu. Die aus der Praxis des Centumviralgerichts hervorgegangene querela inofficiosi gehört dem dritten System an, wo ich auf sie zurückkommen werde.

ſpäter (§. 44, 47—58) in einer Weiſe darthun zu können, die jeden Widerſpruch daniederſchlägt. Wenn das römiſche Recht groß geworden iſt, ſo verdankt es ſeine Größe allein dem Umſtande, daß es jene angebliche Periode des traumartigen Daſeins oder Urſchlummers, in dem der Menſch die Hände in den Schooß legt, und der „Naturtrieb" das Beſte thut, entweder nie gekannt oder frühzeitig überwunden hat und ſehr bald Gegenſtand menſchlichen Nachdenkens und bewußter Thätigkeit geworden iſt.[26a])

Zu den bisher angegebenen ſpeciell hiſtoriſchen Zeugniſſen geſellt ſich in meinen Augen noch ein anderer allgemeinerer Grund, mit dem ich die Annahme, daß das Gewohnheitsrecht im altrömiſchen Privatrecht eine erhebliche Rolle geſpielt habe, nicht zu vereinen weiß. Dies iſt der im ältern Recht ſo unverkennbar hervortretende Zug nach äußerer formeller Beſtimmtheit.

Wie es dem ältern Recht widerſtrebte, dem bloßen Pactum d. i. dem formloſen individuellen Willen eine juriſtiſche Wirkſamkeit zuzugeſtehen, ſo mußte es auch ſeiner ganzen Natur zuwider ſein, dem formloſen allgemeinen oder ſ. g. objectiven Willen d. h. dem Gewohnheitsrecht eine ſolche einzuräumen. Nicht darin, daß beide formlos ſind, liegt ihre Unvollkommenheit, ſondern darin, daß ihnen mit der Form auch die Beſtimmtheit abgeht. Ob Jemand ſich durch ein formloſes Verſprechen bloß moraliſch oder juriſtiſch hat binden wollen, iſt unter Umſtänden ebenſo zweifelhaft, als ob einer Gewohnheit das Gefühl rechtlicher Nothwendigkeit oder das einer bloß moraliſchen Verpflichtung zu Grunde liegt. Der Formalismus (§. 45—47) iſt einer der hervorragendſten Grundzüge des ältern Rechts. Wie derſelbe nun im Privatrecht zu den formellen Verträgen, im Prozeß zu den feſten Klagformeln führte, ſo bei den Rechtsquellen, wenn er ſich nicht hier allein verläugnen ſollte, zur Erfaſſung und Entwickelung

---

26a) Für dieſe letztere Behauptung citire ich keinen einzelnen Abſchnitt oder Paragraphen des zweiten Syſtems beſonders, ich müßte ſie alle citiren, denn jede Materie, die ich behandeln werde, legt dafür Zeugniß ab.

des Systems des geschriebenen Rechts gegenüber dem des ungeschriebenen.

Der privatrechtliche Verkehr läßt sich ohne Nachtheil festen, unbeugsamen Regeln unterordnen; er bewegt sich in stereotypen Formen, und Regelmäßigkeit, Sicherheit, Berechenbarkeit ist gerade das, was er erstrebt; je genauer und bestimmter ihm seine Bahnen vorgezeichnet werden, desto vortheilhafter für ihn. Anders der Staat und das öffentliche Leben. Die Lagen, in die er geräth, so wie die zu ergreifenden Maßregeln sind nicht in gleicher Weise im voraus zu berechnen, er muß auf das Ungewöhnliche gefaßt sein, mithin eine Verfassung von der nöthigen Biegsamkeit und Elasticität besitzen, um dem Ungewöhnlichen begegnen zu können. Ist dies nicht der Fall, hat vielmehr politische Kurzsichtigkeit in vermeintlicher Gescheidheit seine Verfassung nach dem Muster eines Uhrwerks zugeschnitten, in dem jeder Feder und jedem Rade genau ihr Spielraum zugewiesen und nicht die geringste abweichende Bewegung möglich ist, so zieht ein ungewöhnliches Ereigniß entweder eine Stockung und die empfindlichsten Folgen nach sich, oder die Staatsgewalt wird dadurch zum gewaltsamen Umsturz der Verfassung gezwungen. Es beweist den hohen politischen Instinkt der Römer, daß sie, so sehr sie auch von ihrem Privatrecht her an die größtmögliche Fixirung und Objectivirung des Rechts gewohnt waren, doch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts sich nicht verleiten ließen, ein Gleiches zu erstreben. Während sie dem Magistrate bei der Civilrechtspflege durch das Gesetz in ängstlichster Weise die Hände gebunden hatten, verkannten sie nicht, daß in den Verhältnissen des öffentlichen Rechts nicht die todte Regel, sondern die freie Einsicht herrschen müsse, und sie verkümmerten der Magistratur nicht die Macht, Gutes zu thun, in der Absicht ihr die Macht, Böses zu thun, zu entziehen (§. 35).

Am wenigsten hatte sich die Herrschaft des Gesetzes verwirklicht im Criminalrecht.[26b]) Solange das Volk selbst in

26b) Gerade der Theil, für den unser heutiges Rechtsgefühl sie am meisten postulirt. Der Gegensatz unseres heutigen und des altrömischen

seinen Comitien die Strafgerichtsbarkeit ausübte, war diese Form des Prozesses einer Fixirung der materiellen strafrechtlichen Grundsätze mindestens gesagt ungünstig. Allerdings enthielten die Zwölf Tafeln einige spezielle criminalistische Bestimmungen und namentlich den allgemeinen Grundsatz, daß Capitalstrafen nur von den Centuriatcomitien erkannt werden dürften, auch werden in einigen Fällen leges und mores als Anhaltspunkte für die Anklage erwähnt,[27]) jedoch beweist die Art und Weise, wie das Volk die ihm zustehende Gewalt ausübte, daß es sich im allgemeinen durch Regeln nicht gebunden erachtete, sondern dem Totaleindruck des Falles, der Eingebung des Augenblicks, ja, wir möchten von unserm heutigen Standpunkt aus sagen, der reinen Laune und Willkür folgte. Wie verschieden ward oft ein und dasselbe Verbrechen bestraft, und welche Gründe, die nach unserer heutigen Auffassung mit der Strafwürdigkeit des Angeklagten nichts gemein haben, gaben hier nicht selten den Ausschlag![28])

Man hat jene Strafgerichtsbarkeit des Volks als eine Vereinigung der gesetzgebenden und richterlichen Gewalt bezeichnet, die Urtheile Gesetze für den einzelnen Fall genannt,[29]) und dieser Gesichtspunkt ist völlig zutreffend. Woher aber diese Erscheinung,

---

Rechts ist in den beiden Sätzen enthalten: nulla poena sine lege und nulla actio sine lege (legis actio).

27) Liv. XXVI. 3 . . . quominus seu legibus, seu moribus mallet, anquireret.

28) S. hierüber E. Platner Quaestiones de jure criminum Romano quaest. I u. Geib Geschichte des römischen Criminalprozesses S. 125—128.

29) Geib a. a. O. S. 125: „Gleich wie nach griechischen Rechtsbegriffen war es auch in Rom entschiedener Grundgedanke, daß die Richter in Criminalsachen nicht bloß Diener des Gesetzes seien und als solche unter demselben stünden, sondern daß sie zugleich gewissermaßen als dessen Beherrscher betrachtet werden müßten und daher, so oft dies die Umstände verlangten, sogar über dasselbe sich erheben, gleichsam die Gesetzgeber für den einzelnen Fall vorstellen sollten." S. 127: „Das Volk war nicht bloß überall der Sache nach Gesetzgeber und Richter, sondern es vermengte auf diese Weise auch sehr häufig der Zeit nach jene beiden Eigenschaften, und dieselben flossen

daß das Volk des Rechts jene Trennung zwischen Recht und Rechtsanwendung, die eins der ersten Requisite für die Selbständigkeit und Gleichmäßigkeit des Rechts ist, auf dem Gebiete des Criminalrechts so spät vollzogen hat, daß, während das ganze Civilrecht im höchsten Grade von der Tendenz nach Festigkeit, Bestimmtheit, Objectivität, Gleichmäßigkeit durchdrungen ist, das Criminalrecht sich so lange im gerade entgegengesetzten Zustande der äußersten Flüssigkeit und völligen Befangenheit in der Subjectivität der Gefühlsstimmung zu erhalten vermochte? Es hängt dies, wie ich glaube, mit der antiken Vorstellungsweise von dem Verhältniß des Bürgers zum Staat zusammen. Nach unserer heutigen Auffassung ist dasselbe ein bloß rechtliches, d. h. der Staat fordert von seinen Mitgliedern eine äußere Handlungsweise; die Gesinnung, aus der sie hervorgeht, ist ihm dabei nicht wesentlich. Der antike Staat hingegen verlangt nicht Handlungen, sondern eine bestimmte Gesinnung, aus der die nöthigen Handlungen dann von selbst im reichsten Maße und in schönster, edelster Weise hervorquellen: die Gesinnung der vollsten Liebe und Hingebung. Seine Anforderung ist also sittlicher, innerlicher Art, die des heutigen Staats rechtlicher, äußerlicher. Nicht durch ein äußeres legales Handeln konnte sich der Grieche und Römer mit seinem Staat abfinden, nicht auf dem Fuße gegenseitiger Abrechnung standen sie zu einander, bei dem es wohl wie heutzutage gar nicht einmal für unehrenhaft gilt, den Staat zu übervortheilen, sondern der Bürger gehörte mit allem, was er war und hatte, dem Staat an. Kein Gesetz brauchte ihn zu lehren, wie er sich äußerlich gegen den Staat zu verhalten habe, so wenig wie die Liebe solcher äußern Anweisungen bedarf; das eigene Gefühl sagte es ihm. Darum war denn auch die strafrechtliche Censur, die der Staat gegen die Bürger ausübte, nicht auf einzelne, äußere Handlungen gerichtet, sondern sie umfaßte wie der Staat selbst das

---

eben daher so sehr zusammen, daß sie selbst im Begriff sich kaum von einander unterscheiden lassen."

Individuum in seiner ganzen Persönlichkeit, und die strafbare Handlung, die bei uns die Bedeutung hat, Gegenstand der Untersuchung zu sein, hatte im Alterthum nur die, letztere zu veranlassen. Das Volk und der Verbrecher stehen sich hier in ihrer Totalität gegenüber; nicht einzelne Rechtssätze und Handlungen.[30]) Das Volk mit seiner ganzen Denk- und Gefühlsweise ist der Spiegel, worin der Verbrecher sich in seiner totalen sittlichen Existenz beschauen und zur Erkenntniß seines Abfalls vom nationalen Wesen gelangen soll; es ist das nationale Gewissen, das hier in seiner vollen Stärke an ihn herantritt, und dem gegenüber er sich nicht mit der Ausflucht der Unkenntniß oder des Mangels an ausdrücklichen gesetzlichen Verboten entschuldigen kann.[31]) Nicht die That wird schließlich an ihm gestraft, sondern die Gesinnung, aus der sie geflossen, und die mit der That keineswegs erst entstanden, sondern nur bei Gelegenheit derselben offenkundig geworden ist; nicht die Uebereilung einer schwachen Stunde, sondern der Werth des ganzen Lebens wird einer Prüfung unterworfen.

Diese Behandlungsweise hat etwas Schönes und Anziehendes, aber dies darf uns nicht abhalten, zu erkennen, daß sie, so sehr sie auch relativ berechtigt war, doch einer unvollkommneren Stufe der Rechtsentwickelung angehörte. Jenes Recht, das für den ein-

30) Ein auf gleicher Stufe stehendes germanisches Institut war das der Eideshelfer, insofern nämlich als auch in ihm sich die Trennung zwischen That und Thäter noch nicht vollzogen hatte, die Eideshelfer vielmehr in derselben Weise, wie das Volk in den judiciis publicis statt der That den Charakter des Thäters ins Auge faßten, statt der zu beweisenden Handlung die Glaubwürdigkeit des Beweisführers beschworen.

31) Civem, sagt Platner a. a. O. p. 8, scire debere ex notione reipublicae, cui adscriptus est, quae peccata sint fugienda, si in poenam incurrere nolit. Legem hic omnino deesse dici nequit, verum enim vero lex, qua poena infligitur, est illa omnium civium communis conscientia, quae cum unoquoque quasi nascitur et adolescit, ita ut a nemine ignorari possit, qui vinculo reipublicae illigatus teneatur.

zelnen Fall zugleich geschaffen und angewandt ward, wie war es doch von der augenblicklichen Stimmung des Volks, von politischen Rücksichten und Einflüssen, kurz von Zufällen abhängig, die mit der Strafwürdigkeit des Angeklagten nichts gemein hatten![31a]) Wie das Gewissen des Einzelnen nicht zu jeder Zeit gleich lebendig ist, so auch nicht jenes zum Richterspruch aufgerufene nationale Gewissen; je nach Zeit und Umständen bald strenger und reizbarer, bald nachsichtiger und indolenter, durch künstliche Mittel, durch Rede und Gegenrede, die sich ganz consequent vorzugsweise in der Gefühlssphäre bewegten, excitirt oder beschwichtigt, gewährte es dem Angeschuldigten in der That nicht die Garantie der wahren d. i. der sich selbst gleich bleibenden Gerechtigkeit. Auch in dieser Richtung läßt sich letztere nur erreichen auf dem Wege der Scheidung: der Aufhebung jener Identität des Gesetzgebers und Richters, der Befreiung des Rechts von den Einflüssen der Politik und der augenblicklichen Stimmung, der Trennung der That von der Persönlichkeit des Thäters,[31b]) kurz durch Objectivirung der Regel in Form des Gesetzes — ein Weg, den das römische Recht gegen das Ende der Republik eingeschlagen, die moderne Welt beibehalten hat, und den sie auch nie wieder verlassen wird.

Das Resultat unserer Prüfung des älteren Rechts besteht darin, daß das Maß, in dem der Trieb nach äußerer Fixirung

31a) z. B. zur Befriedigung der Volksrache: Liv. 2, 35 se judicem quisque, se dominum vitae necisque inimici videbant; als Mittel für politische Zwecke: z. B. 37, 58; 3, 59: hoc anno nec diem dici cuiquam nec in vincula duci quemquam sum passurus; 4, 41: von zwei desselben Verbrechens Angeklagten der eine verurtheilt, der andere freigesprochen. Ein reines Lotteriespiel!

31b) Dieser Gegensatz, der für die Rechtspflege so außerordentlich wichtig ist, wird von Gellius XIV. 2, dem er bei Gelegenheit eines von ihm selbst zu entscheidenden Rechtsstreits entgegentrat, sehr gut betont: ut cognoviss› et condemnasse de moribus, non de probationibus rei gestae viderer.

in demselben hervortrat, nach den verschiedenen Seiten des Rechts ein verschiedenes war, die rein privatrechtliche Seite desselben in eben dem Grade von diesem Triebe beherrscht ward, als die öffentliche Seite desselben ihm Widerstand leistete. In dieser Verschiedenheit erblicke ich einen Hauptgrund des Vorsprunges, den die wissenschaftliche Cultur des Privatrechts vor der des Criminalrechts erlangt hat.[32]) Als letzteres in den Gesetzen über die quaestiones perpetuae sich abzulagern begann, hatte ersteres bereits seit Jahrhunderten die Vortheile des Zustandes der Festigkeit genossen, wozu sich noch der Umstand gesellte, daß dieser Ablagerungsprozeß in eine nichts weniger als günstige Zeit fiel: in die der Auflösung der Republik.

2. Die innere Selbständigkeit des Rechts.

Ausscheidung fremdartiger Elemente — abgesonderte Befriedigung derselben, des religiösen im fas, des moralischen und politisch-ökonomischen in der Censur — die Censur ein Ableiter für das Recht. — Scharfer Gegensatz zwischen Recht und Moral.

Inter ea relinquimus, quae ad judices deos mittimus.
Seneca de benef. III 16.

XXVI. Für die innere Selbständigkeit (S. 24) des altrömischen Rechts ist zunächst der bereits an anderer Stelle (§. 18) entwickelte Gegensatz zwischen jus und fas zu beachten. Dadurch, daß die religiöse Substanz, soweit sie eine rechtliche Beziehung hatte, im fas zu einem separaten Dasein gelangte, ward das jus nach der religiösen Seite völlig frei und konnte, ungehemmt durch religiöse Rücksichten oder Forderungen irgendwelcher Art, das rein Menschliche des Privatrechts zur reinsten und vollständigsten

32) In Deutschland haben entgegengesetzte Ursachen (Note 26a) entgegengesetzte Wirkungen zur Folge gehabt, wenigstens finde ich den Grund, warum das Criminalrecht in seiner wissenschaftlichen Ausbildung das deutsche Privatrecht überflügelt hat, vorzugsweise in der gemeinrechtlichen Fixirung desselben durch die Carolina.

Darstellung bringen. Der Dualismus dieser beiden Stücke und Arten des Rechts reicht unzweifelhaft weit über das historische Rom hinaus; er steht bereits an der Schwelle der Geschichte des eigentlichen römischen Rechts. Ob er zugleich ein ethnischer gewesen und durch das Zusammentreffen zweier Völker, von denen das eine das Recht als fas, das andere es als jus erfaßt hatte, nach Rom gebracht, oder ob er das Werk eines Volkes gewesen, bleibe dahingestellt; für das römische Recht, das ihn bereits vorfand, war er eine außerordentlich werthvolle Mitgift. Er versetzte von vornherein den römischen Geist auf eine Stufe der Rechtsanschauung, welche manche andere Völker nie erstiegen haben, gewährte dem Privatrecht von Anfang an volle Freiheit der Bewegung.

Wie nun das ursprünglich im Recht vorhandene religiöse Element, wenn ich so sagen darf, in das fas entwich, so das, was nach Ausscheidung dieses Elements noch an fremdartigen Keimen und Substanzen im Recht verblieb, in die Censur. Hier wie dort ward das hemmende Element nicht einfach zur Seite geschoben und damit abgethan; der römische Instinkt fand ein besseres Mittel, das Recht dagegen sicher zu stellen. Er wies jenem Element ein Feld außerhalb des Privatrechts an, wo es seine volle Befriedigung fand und eben darum nicht in Versuchung kam, sie innerhalb des Rechts und auf Kosten desselben zu suchen. Worin bestand dies Element? Die beste Antwort wird uns darauf die Censur selber ertheilen, deren eine Seite: die sittenrichterliche wir zu dem Zweck einer Beurtheilung unterziehen wollen.[33])

Betrachten wir die Fälle, wo der Censor einzuschreiten

33) Die Verbindung dieser sittenrichterlichen Function mit der censualen ist nicht so auffällig, als es auf den ersten Blick scheinen möchte. Nach dieser letzten Seite hin hatte die Censur die Statistik der Nationalkraft zu ihrem Gegenstande; damit war die Brücke zu der andern Function geschlagen: zu der Sorge für die Erhaltung der Nationalkraft. Letztere ist aber nicht bloß finanzieller, sondern auch sittlicher Art.

pflegte.[34]) Als solche werden uns genannt: Meineid, Ehebruch, leichtsinnige Ehescheidung, Ehelosigkeit, Grausamkeit gegen Untergebene z. B. auch gegen Sklaven, Schwelgerei, Verschwendung, selbst bloßer Luxus, Zerrüttung der ökonomischen Verhältnisse, unordentlicher Betrieb der Landwirthschaft, tadelnswerthes öffentliches Auftreten z. B. Haschen nach Volksgunst, Neuerungssucht, Verletzung der der Obrigkeit schuldigen Ehrfurcht u. s. w. Wie man aus diesem Verzeichniß sieht, beschränkte sich die Rüge des Censors nicht bloß auf eigentliche Unsittlichkeiten, sondern sie erstreckte sich auch auf Handlungen, die sich mehr als unverständige denn als unsittliche bezeichnen lassen, kurz solche, deren der römische diligens paterfamilias sich zu enthalten pflegte. Es waren nicht bloß die Interessen der Moral, die der Censor vertrat, sondern auch die der öffentlichen oder privaten ökonomischen Politik, er war der personificirte Kanon der Bauernmoral.

Diese Interessen meinte ich, wenn ich von einem dem Recht *fremdartigen* Element sprach, das in der Censur seine Befriedigung gefunden habe. Es liegt mir nichts daran, wenn man mir den Ausdruck: fremdartig bestreiten will; ich habe ihn nur gewählt, um den Gegensatz jener Interessen zum Rechtsprinzip recht scharf hervorzuheben. Ich will nicht in Abrede stellen, daß in jedem Recht Bestimmungen vorkommen, die ähnliche Zwecke verwirklichen sollen, aber wenn letztere sich auf dem Rechtsgebiete in den Vordergrund drängen dürften, so wäre es um die rechtliche Freiheit und folglich auch um das Recht selbst geschehen, denn die rechtliche Freiheit besteht eben darin, das Sittliche und Zweckmäßige aus eigenem Antriebe zu thun.[35])

Wir haben die Censur früher (§. 14) als eine dem Familienprinzip entwachsene Einrichtung bezeichnet; ihr Vorbild war die Oberaufsicht, welche die Gens über ihre Mitglieder ausübte. Aber innerhalb der Gentilverfassung trat die Scheidung, welche in

34) S. Jarke Versuch einer Darstellung des censoriniſchen Strafrechts der Römer. Bonn 1824. Cap. 2.

35) S. oben S. 24, 26 und §. 30.

dem Gegensatz der Censur zum Recht ihren Ausdruck gefunden hatte, noch nicht hervor. Die Gens umfaßte unterschiedslos die gesammte sittliche, rechtliche, politische und religiöse Existenz ihrer Mitglieder. Als das Privatrecht — Dank der Plebs — sich aus den Banden des patricischen Familienprinzips losriß (§. 21), und das Rechtsprinzip in seiner ganzen Schärfe zum Durchbruch kam, ward das Gleichgewicht zwischen Recht und Sitte, das bisher innerhalb des Rechts selbst lag, von außen durch das in der Censur geschaffene Gegengewicht erhalten. Nicht dahin schlug jetzt die Ansicht um, als ob jene Freiheit, wie sie das Recht proklamirte, in ihrer ganzen Zügellosigkeit sich geltend machen solle; das Temperament des Rechts, das bisher im Recht selbst gelegen, ward nur nach außen hin verlegt. Nach wie vor sollte die Ehe heilig gehalten werden, sollte der Vater sich der Grausamkeiten gegen seine Kinder enthalten, der Eigenthümer mit Maß und mit der seiner Familie schuldigen Rücksicht sich seines Eigenthums bedienen. Aber nur als sittliche, durch das öffentliche Organ des Censors an ihn gerichtete Anforderung ward diese Erwartung ausgesprochen; das Recht erkannte ihm die Freiheit zu, das Gegentheil zu thun. Die außerordentliche Ausdehnung, die man dieser rechtlichen Freiheit gegeben (§. 30), zeigt das große sittliche Selbstvertrauen der Zeit. Man könnte darin auch umgekehrt den Beweis eines sittlichen Indifferentismus finden wollen, allein ein Blick auf die Censur macht dies unmöglich, sie setzt das Interesse, welches der Staat an der Sittlichkeit nahm, in das hellste Licht. Wenn letzterer der rechtlichen Freiheit einen so ungewöhnlich weiten Spielraum anwies, so berechtigt dies zu dem Schlusse, den das ältere Leben uns bestätigt, daß er dies konnte, d. h. daß die Zeit sittliche Kraft genug besaß, um jene Freiheit mit Mäßigung zu benutzen, und daß der Censor im Stande war dem etwaigen Mißbrauch zu steuern. Später mußte dies durch gesetzliche Beschränkungen geschehen, und diese Verschiedenheit des Mittels, dessen die frühere und die spätere Zeit sich zu demselben Zweck bediente, ist für beide gleich charakteristisch.

Der positive Charakter der Censur als Beschirmerin und Pflegerin der Sitte und ihr negativer Charakter, ihre Gegensätzlichkeit zum Recht, ist in der ganzen Structur des Instituts festgehalten. Das Recht ist fest und geschrieben, die Sitte und das ihr zu Grunde liegende sittliche Gefühl ist flüssig, und darum äußert sich jener Trieb, der sonst in so hohem Grade in der römischen Welt hervortritt: der Trieb nach Festigkeit, Bestimmtheit, also bei Normen, die im Leben zur Anwendung kamen, nach Aufzeichnung, nicht auf dem Gebiete der censorischen Sittenpolizei.[36] Warum entwickelte sich nicht auch hier in ähnlicher Weise wie in der Praxis der Prätoren ein edictum perpetuum, ein officieller römischer Sittlichkeitscodex?[37] Daran zeigt sich wieder der römische Takt, daß er hier das Wesen der freien Sitte und des individuellen Sittlichkeitsgefühls im Gegensatz zu der Gebundenheit und Objectivität des Rechts festzuhalten verstand. Er war der Versuchung gewachsen, die in nicht geringem Grade in dem Charakter der Censur als einer Staatsanstalt lag, und welcher der Geist des Orients erlegen wäre, der Versuchung nämlich, die sittlichen Grundsätze zu fixiren und zu normiren und dadurch die freie Bewegung des sittlichen Geistes zu erschweren. Die römische Religiosität erstarrte, die römische Sittlichkeit nicht.[38]

Wie Recht und Sitte, so stehen sich auch der Richterspruch und das censorische Urtheil entgegen.[39] Ersterer stützt sich auf die objective Basis des Gesetzes und wird unumstößlich, sowie er

---

36) Varro de lingua lat. lib. V. p. 58. Praetorium jus ad legem, censorium judicium ad aequum aestimabatur.

37) Es werden Edikte der Censoren erwähnt, wodurch gewisse Arten des Luxus untersagt wurden, Plinius hist. natur. lib. VIII c. 77, 78, 82, lib. XIII c. 5, allein daß sie keine Antwort auf die im Text aufgeworfene Frage enthalten, brauche ich kaum zu bemerken.

38) Daß die Religiosität und Sittlichkeit in Rom sich gegenüberstellen lassen, darüber habe ich mich schon früher (§. 21) ausgesprochen.

39) Cicero pro Cluentio c. 42. Majores nostri (animadversionem et auctoritatem censoriam) nunquam neque judicium nominaverunt, neque perinde ut rem judicatam observaverunt.

erlassen ist. Das Urtheil des Censors hingegen enthält den Ausdruck des subjectiven sittlichen Gefühls und ist widerruflich. Der Spruch des Richters hat rechtliche Wirkungen, der des Censors nicht. Was letzterer auch geboten und verboten haben mag, rechtlich bindet es nicht.[40] Das Mittel, das ihm zu Gebote steht, um zu strafen oder durch Androhung desselben abzuschrecken und zu zwingen, entspricht gleichfalls dem Gesichtspunkt, der die ganze Censur beherrscht. Es besteht nicht in Vermögens-, Freiheits- oder Leibes-Strafen, sondern es ist dasselbe Mittel, vermöge dessen auch ohne Censur das öffentliche Sittlichkeitsgefühl überall gegen eine ihm zugefügte Verletzung reagirt. Die öffentliche Mißbilligung, welche die nächste Folge einer solchen Verletzung ist, gestaltet sich bei dem Censor zur nota censoria, der öffentlichen Rüge. Zu ihr gesellt sich als höchster Grad censorischer Strafe die Ausschließung aus dem politischen Kreise, dem der Schuldige angehörte: dem Senat, Ritterstande, der Tribus; sie hat gleichfalls ihr Vorbild an der factischen Ausschließung von allen freien Gemeinschaftsverhältnissen, welche die öffentliche Meinung auch ohne Uebereinkunft über den sittlich Unwürdigen zu verhängen pflegt.

Es liegt auf der Hand, daß der Gegensatz zwischen Recht und, ich will der Kürze wegen sagen, Moral, um in der Censur äußerlich zu werden, innerlich in der römischen Rechtsanschauung bereits vorhanden gewesen sein muß. Allein, wie alles Innerliche erst dadurch festen Bestand erlangt, daß es äußere Formen annimmt, wie letztere erhaltend und kräftigend auf dasselbe zurückwirken, so verhält es sich auch mit jenem Gegensatz zwischen Recht und Moral. Die äußerliche Verkörperung der Moral in der Censur hielt bei der Rechtsbildung und Rechtspflege den eigen-

40) So bedeutend auch der Einfluß des Censors, so hoch die Achtung war, deren er genoß, so würde er doch nie gewagt haben, die Prätension zu erheben, daß seinen Verfügungen rechtliche Wirksamkeit zustehen z. B. ein Kaufcontrakt über irgend einen Luxusartikel nichtig sein solle, weil er, der Censor, in seinen Edikten den Handel mit solchen Luxusartikeln verboten habe.

thümlichen Gesichtspunkt, den das Recht zu verfolgen hat, stets lebendig.[41]) Der Jurist, der die Rechtsgrundsätze entwickelte und zu ihren Consequenzen verarbeitete, der Richter, der sie anzuwenden hatte, weder sie kamen in Versuchung, den moralischen Gesichtspunkt hineinzumischen, noch auch das Volk in Versuchung, ihnen eine Rolle zuzumuthen, die durch den Censor hinlänglich vertreten war. Ich glaube, es ist nicht zu viel gesagt, wenn man behauptet, daß der Censor wesentlich dazu beitrug, Stellung und Aufgabe des römischen Richters ihm selbst und dem Volk verständlich zu machen; der Unterschied der censorischen und der richterlichen Urtheilsfällung und damit die Rechtfertigung der letzteren war jedem Römer geläufig.[42]) Wie ungleich schwieriger ist in dieser Beziehung die Stellung des heutigen Richters; nicht bloß, daß er selbst leichter in Gefahr kommt, dem moralischen Gefühl einen Einfluß auf die Entscheidung zu verstatten, sondern die strenge Festhaltung des rechtlichen Gesichtspunktes ist gerade das, was man ihm heutzutage so oft zum Vorwurf macht — ein Vorwurf, der unterbleiben würde, wenn auch wir heutzutage von dem Spruch des Richters an den des Censors appelliren könnten.

Eine Einrichtung der spätern Zeit, die mit der Censur eine gewisse Aehnlichkeit hatte, waren die geistlichen Gerichte des Mittelalters. Wie neben dem Prätor der Censor, so standen sie neben den weltlichen Gerichten; beide verfolgten selbständig und unabhängig ihren eigenen Weg und ihren eigenthümlichen Ge-

41) Ahrens Juristische Encyclopädie I. S. 340 erblickt gerade in dieser scharfen Scheidung beider Sphären einen Mangel, den das germanische Recht glücklich genug gewesen sei vermieden zu haben. Es hängt dies mit der gesammten Rechtsauffassung der Krause'schen Schule zusammen, die meiner Ansicht nach dem spezifisch rechtlichen und juristischen Moment viel zu wenig gerecht wird.

42) S. z. B. in dem Rechtsfall bei Gellius XVI. 2 die Argumentation des Beklagten: quod de utriusque autem vita atque factis diceretur, frustra id fieri atque dici; rem enim de petenda pecunia apud judicem privatum agi, non apud censores de moribus.

sichtspunkt: den der sittlichen Reinheit der Gemeinschaft, nur beim Censor mit mehr politischer, bei den geistlichen Gerichten mit mehr religiöser Färbung. Beide hatten als äußerstes Strafmittel die Ausschließung aus der (politischen, religiösen) Gemeinschaft. Beide vermittelten das abstracte Recht mit den Anforderungen der Sitte und des sittlichen Gefühls. Auch darin trifft dieser Vergleich zu, daß mit dem Verfall beider Anstalten das Recht, da es jetzt sein äußeres Gegengewicht verlor, sich in sich selbst verändern und manche von den Grundsätzen aufnehmen mußte, die früher durch jene Anstalten zur Anwendung gebracht worden waren. Diese mit dem Verfall der Censur eintretende Aenderung im römischen Rechte gehört dem dritten Systeme an und wird dort erörtert werden, aber es mag schon hier die Bemerkung Statt finden, daß die Festigkeit und Klarheit des Rechts nicht dadurch beeinträchtigt wurde. Der Krystallisationsprozeß desselben war beendet; was während desselben hätte schädlich wirken können, vermochte dies nachher nicht mehr; mochte man jetzt auch die strenge Absperrung des Rechts aufheben und dem sittlichen Element Eingang verstatten, wohin letzteres auch drang, es fand feste, scharfe Formen vor, die sich nicht mehr auflösen ließen.

In der Censur offenbarte sich jener Gegensatz zwischen Recht und Moral, der im römischen Sittlichkeitsgefühl bestand. Was war aber der Grund dieses Gegensatzes? Worin lag das constitutive Prinzip des Rechts? Als solches erscheint mir das subjective Prinzip, wie ich es seinen ursprünglichen Keimen nach bereits früher (§. 10—12) geschildert habe und in seiner genaueren Gestaltung in diesem Buche vorführen werde. Die subjective Rechtssphäre eine That und Production des Individuums und darum lediglich seiner Autonomie anheimgestellt, die Unstatthaftigkeit aller Eingriffe in dieselbe gegen den Willen des Berechtigten, sei es von Seiten Einzelner, sei es von Seiten des Staats — das war die Quintessenz des römischen Rechtsgefühls. Die XII Tafeln hatten diese Autonomie in ihrer doppelten Richtung auf Geschäfte unter Lebenden und auf letztwillige Verfügungen ausdrücklich an-

erkannt, und Jahrhunderte lang betrachtete man dieses Anerkenntniß als eine unantastbare Errungenschaft. So hatte das römische Gefühl einen bestimmten Maßstab in sich, was rechtliche, was sittliche Pflicht sei; als erstere galt nur die, welche man durch eigene That und in rechtlicher Form übernommen hatte. Und diese Form, in der ein so leichtes Kriterium alles Rechtlichen lag, war in so hohem Grade ausgebildet, daß das Rechtsgebiet wie durch sein materielles Prinzip, so auch durch seine formelle Aeußerlichkeit den unverkennbarsten Gegensatz zu dem Reich der sittlichen Pflichten bildete. Wenn ein Römer eine Handlung vornahm z. B. ein Versprechen ablegte, so war er sich stets bewußt, auf welchem von beiden Gebieten er sich bewegte. Ein juristisch und moralisch bindendes Versprechen, wie weit lagen sie in der Vorstellung der Römer auseinander, wie fließen sie in unserer heutigen Auffassung ineinander über! Hat man doch für beide ein und dasselbe Prinzip aufgestellt: ein gegebenes Versprechen müsse gehalten werden. Heutzutage ist es möglich, daß Jemand etwas verspricht, ohne sich darüber klar zu sein, ob er sich rechtlich oder bloß moralisch binden wolle, das Gebiet des Rechtlichen und Moralischen ist heutzutage nicht durch bestimmte äußerlich erkennbare Gränzen geschieden, die den Uebergang von dem einen Gebiet zum andern nothwendigerweise ins Bewußtsein bringen. Bei den Römern hingegen lagen diese Gebiete weit auseinander, ihnen war der Gegensatz zwischen Recht und Moral im Ganzen sowohl wie in seiner Erstreckung und Anwendung auf die kleinsten Lebensverhältnisse geläufig und stets gegenwärtig, sie konnten nie in Versuchung kommen, eine sittliche Pflicht klageweis geltend zu machen oder sich mit einer moralischen Verpflichtung abfinden zu lassen, wo sie eine juristische hatten begründen wollen.

Zu der Ansicht, von der wir hier ausgegangen sind, daß nämlich das altrömische Recht seinen Grund in sich selber getragen habe, steht eine neuerdings ausgesprochene Behauptung[43]) im entschiedensten

43) C. A. Schmidt in seiner (zur Zeit und nicht mit Unrecht nahezu verschollenen) Schrift: Der prinzipielle Unterschied zwischen dem

Gegensatz, die Behauptung nämlich, „daß nach römischer Ansicht der Wille des Volkes als einziger Grund des Rechts gegolten habe, der Gedanke aber, daß es *über* dem Willen des Volks noch eine diesen Willen beherrschende sittliche Potenz gebe, den römischen Juristen völlig fremd gewesen sei.“ Wenn zum Beweise dieser Behauptung darauf verwiesen wird, daß die römischen Juristen das Recht als Product des Volkswillens bezeichneten, daß sie die verbindende Kraft des Gewohnheitsrechts auf die stillschweigende Einwilligung des Volks stützten, daß es dieselben wenig interessirt habe, was das Volk getrieben habe, sein Recht so oder so zu gestalten, so läßt sich darauf einfach erwidern: ob denn die Juristen, wenn sie den Begriff des Gesetzes, Gewohnheitsrechts u. s. w. angeben wollten, sich auf eine speculative Untersuchung über die letzten Gründe des Rechts hätten einlassen sollen, und ob denn nicht in der ganzen Welt der *juristische* Grund der Gültigkeit des *positiven* Rechts darin liegt, daß es Wille dieses Staats ist, diese Gültigkeit nicht aber davon abhängt, ob das Gesetz den subjectiven Vorstellungen des Richters von Sittlichkeit u. s. w. entspricht. Daß aber die Römer, wenn sie auch den Willen des Volks als formalen Grund der Gültigkeit der Gesetze bezeichneten und bezeichnen mußten, dennoch nicht diesen Volkswillen d. h. die Willkür als Prinzip des Rechts ansahen, nicht der Ansicht waren,

römischen und germanischen Rechte. Rostock und Schwerin 1853. S. 66, 67. Es ist vielleicht selten ein verkehrteres Urtheil über das römische Recht gefällt, und bedürfte es für mich einer Rechtfertigung meines ganzen Unternehmens, ich würde sie schon darin finden können, daß heutzutage noch solche Urtheile möglich sind. Daß sie möglich sind, ist insofern Schuld der Wissenschaft, als sie diese und ähnliche allgemeinere Fragen bisher gar nicht zu berühren pflegte, wenn ich gleich damit den genannten Schriftsteller nicht von aller Schuld frei sprechen will, denn so schwer fällt es in der That nicht sich aus den Quellen über diese Fragen zu belehren, und bei einer solchen Fundamentalfrage hätte das römische Recht dies wohl von ihm erwarten können. — Es ist mir erfreulich, jetzt (seit der zweiten Auflage) auf die Zustimmung verweisen zu können, welche die im Text vertheidigte Ansicht bei *Ahrens* Jurist. Encyclopädie I S. 350—352 (1855) und *Röder* Grundgedanken und Bedeutung des röm. und germ. Rechts S. 72 fl. (1855) gefunden hat.

„daß das Recht erſt im Staate durch das Geſetz entſtehe," läßt ſich bis zur Evidenz nachweiſen. Zuerſt erinnere ich an das Fas, das in dem Willen der Götter ſeinen Grund hatte und dem Prinzip nach der Volksſouveränetät eine unüberſteigliche Schranke entgegenſetzte. Sodann aber: ſtützte ſich nicht auch das Jus wie alles, was im römiſchen Staat beſtand und geſchah, wenigſtens auf die Zuſtimmung der Götter, wenn es auch den Willen des Volks zu ſeinem Inhalt hatte? Man nenne immerhin die Einholung der Zuſtimmung der Götter durch die Auſpicien eine leere Formalität, durch die das Volk ſich in ſeinem materiellen Wollen nicht beſchränkt finden konnte, der Idee nach iſt damit wenigſtens die Unterordnung des Volkswillens unter den göttlichen anerkannt, und auch in der Praxis hat ſich derſelbe nicht ſelten dem durch Zeichen kund gegebenen Willen der Götter fügen müſſen. Das ganze erſte Buch der Schrift von Cicero über die Geſetze iſt der Ausführung des Gedankens gewidmet, daß der bloße Volkswille, wenn auch Form, ſo doch nicht Prinzip des Rechts ſei,[44]) und ſeine Reden[45]) enthalten eine Reihe ſchwungvoller Ergüſſe, in denen er für das Recht des Subjects gegenüber dem ſouveränen Volksbelieben in die Schranken tritt.[46])

44) Cic. de leg. I. 16: Quod si populorum jussis . . . jura constituerentur, jus esset latrocinari, jus adulterare, . . . si haec suffragiis aut scitis multitudinis probarentur. S. auch daſelbſt II. 4, 5.

45) Cic. pro Caecina c. 33: Sed quaero abs te, putesne si populus jusserit, me tuum aut item te meum servum esse, id jussum ratum atque firmum futurum? Perspicis hoc nihil esse. Primum illud concedis: non quidquid populus jusserit, ratum esse oportere; pro Balbo c. 13: O jura praeclara atque divinitus jam inde a principio Romani nominis a majoribus nostris comparata, ne quis . . . invitus civitate mutetur, neve in civitate maneat invitus. Haec sunt enim fundamenta firmissima nostrae libertatis, sui quemque juris et retinendi et dimittendi esse dominum; pro domo c. 30: majores nostri . . . de civitate et libertate ea jura sanxerunt, quae nec vis temporum, nec potentia magistratuum, nec res judicata, nec denique universi populi Romani potestas, quae ceteris in rebus est maxima, labefactare possit.

46) Aus der Clauſel der Geſetze: si quid jus non sit rogari, ejus hac

Aber ganz abgesehen von solchen Aussprüchen der Römer selbst bedarf es nur eines Blickes auf das subjective Prinzip (§. 10—12), um sich von der Irrigkeit der obigen Behauptung zu überzeugen. In welchem Umfange sich dies Prinzip praktisch bethätigen durfte, hing allerdings von der Gesetzgebung ab, es existirte praktisch nicht weiter, als die Gesetzgebung es anerkannt hatte, aber so wenig der Richterspruch darum als Grund und Quelle des durch denselben festgestellten subjectiven Rechts gilt, weil letzteres nicht weiter besteht, als es rechtskräftig anerkannt ist, ebensowenig läßt sich aus demselben Grunde die gesetzgebende Gewalt des römischen Volks als Grund des Rechts bezeichnen.[47]) Nicht das war die römische Vorstellung, als ob das Recht erst mit dem Staat und der Gesetzgebung in die Welt gekommen; nicht weil es Gesetz, war es Recht, sondern weil es Recht, war es Gesetz. Das concrete wie das abstracte Recht verdankt dem Gesetz nicht seine Existenz, sondern bloß seine formelle Anerkennung.[48]) Das ältere Privatrecht, aus dem die Ursprünglichkeit, Selbständigkeit, Energie und der Trotz des individuellen Rechtsgefühls uns von allen Seiten anschaut, und jene moderne Idee, die ihm untergelegt werden soll — in der That es kann kaum schneidendere Gegensätze geben, und ein alter Römer würde diese ihm angedichtete Vorstellung, als wenn er sein Recht lediglich dem Staat verdanke, als ob die Rechtsgrundsätze, die einem Römer nicht minder hoch und theuer waren als andern Völkern die religiösen Glaubenssätze, ein Gegenstand des bloßen Volksbeliebens seien

---

lege nihilum rogatum, der ich in der ersten Auflage ein Argument für die obige Ansicht entlehnt hatte, läßt sich nichts entnehmen, s. darüber III 224.

47) Bei der Theorie der subjectiven Rechte werde ich die Frage von dem Grunde des Rechts im subjectiven Sinn aufwerfen und nachweisen (§. 63, 64), daß er nach Ansicht der Römer im Subject selber gelegen war.

48) Man vergleiche z. B. die bekannte Stelle bei Cicero pro Caecina c. 26: fundus a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium non a patre relinquitur, sed a legibus. Aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a jure civili sumitur.

— willkürlich eingeführt, willkürlich wieder aufzuheben — als den Einfall eines Mannes bezeichnet haben, der nie auf römischem Grund und Boden gelebt und nie von römischer Gesinnungsweise etwas erfahren habe.

3. Selbsterhaltungs- und Erweiterungstrieb des geschriebenen Rechts.

Dauerhaftigkeit des Rechts der Zwölf Tafeln — Gründe dieser Erscheinung — Inneres Leben des Gesetzes — die alte Interpretatio.

Antiquitas patrona auctoritatis legum.
Baco a Verulam.

XXVII. Das Gesetz bleibt, das Leben schreitet weiter. Wenn beide sich von vornherein auch noch so sehr im Einklang befanden, es kommt der Moment, wo diese Eintracht aufhört, wo das Gesetz als unbequem oder lästig empfunden wird. Was thun? Wer wird darauf nicht antworten: das Gesetz beseitigen und ein neues passenderes erlassen? Es gibt aber noch eine andere Antwort darauf: das Gesetz behalten und die Unbequemlichkeiten auf andere Weise beseitigen oder verringern, sonst aber sie ertragen, und für diese Antwort entschied sich das römische Volk. Warum?

Das Verhältniß des Volks zu seinem Recht ist gleich der Ehe. Wo eine wirkliche Liebe vorhanden ist, wird die Ehe nicht beim ersten Zerwürfniß getrennt; nur da, wo das Verhältniß ein äußerliches war, folgt der Entzweiung leicht die Scheidung. Ein Volk, dem das Recht nicht äußerlich angetraut ist durch die Gewalt, sondern welches sich dasselbe selber erkoren und vielleicht mit schweren, blutigen Kämpfen hat erringen müssen, ein solches Volk erblickt in seinem Recht ein kostbares, werthvolles Gut, das es nicht leichtsinnig opfert, sobald es nicht allen seinen Wünschen mehr entspricht. Und diese Treue und Ausdauer macht sich bezahlt, sie ärndtet ihren Lohn in dem Zuwachs an moralischer Kraft, den schon das bloße Alter dem Gesetze verleiht. Es ist ein ganz anderes Ding um Gesetze, die wir selber haben entstehen sehen,

vielleicht mit machen helfen, und um solche, die wie ein ehrwürdiges Stück Geschichte unseres Volkes aus ferner Vergangenheit in die Gegenwart hineinragen. Die Pietät stellt sich erst beim Enkel ein,[49]) die Pietät bekleidet das Gesetz mit einer Weihe, die selbst der Willkür imponirt. Nur da gelangt das Gesetz zu seiner wahren Kraft, wo die Gesetze alt werden. Wo im raschen Wechsel ein Gesetz das andere drängt, geht mit dem Ansehn der Gesetze auch die Macht des Gesetzes unter.

Die Zwölf Tafeln, welche die Grundlage des gegenwärtigen Systems bilden, liefern uns für das Gesagte ein lehrreiches Beispiel. Die Dauerhaftigkeit des Gesetzes im allgemeinen ist so bekannt, daß ich darüber nichts zu bemerken brauche.[50]) Dagegen fordern aber die Gründe dieser Dauerhaftigkeit so wie die Bedeutung, die sie für die Entwicklung des römischen Rechts hat, um so mehr zu einem nähern Eingehen auf.

Was jene Gründe betrifft, so kamen zu derjenigen Eigenschaft des römischen Volks, die den allgemeinen Grund für die Dauerhaftigkeit der römischen Rechtseinrichtungen überhaupt bildet, seiner conservativen Tendenz (I. §. 20), noch ganz besondere Gründe hinzu, die sich nur oder vorzugsweise auf das Zwölftafeln-Gesetz bezogen und demselben gleich von vornherein eine große Festigkeit verliehen. Zuerst die Art seiner Entstehung. Für die physische wie die moralische Welt gilt gleichmäßig der Satz, daß das mit Schmerzen Geborene einen ganz andern Werth für uns hat, als

---

49) Aus den Mortalitätstabellen und der mittleren Lebensdauer der Gesetze ließe sich also, von besonderen Verhältnissen abgesehen, ein Schluß auf die moralische, dem Recht zu dieser Zeit innewohnende Kraft machen — für unser heutiges Verfassungsleben dürfte er schwerlich verkehrt sein!

50) Livius sagt in der bekannten Stelle III. 34 von diesem Gesetz: qui nunc quoque in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo fons omnis publici privatique est juris. Noch zu Cicero's Jugendzeit pflegten die Knaben die Zwölf Tafeln auswendig zu lernen (de legib. II. 23), und die klassischen Juristen schrieben noch zwei Jahrhunderte später Commentare zu denselben.

das leicht Gewonnene.[50a]) Ueber das Schicksal der Gesetze entscheidet nicht immer ihr Inhalt, sondern auch ihre Entstehungsweise, nicht bloß die Mühelosigkeit oder Mühsamkeit derselben, — was uns hier allerdings allein interessirt — sondern ihre Entstehungsweise überhaupt; auch für die Gesetze gibt es glückliche und unglückliche Sterne, unter denen sie geboren werden, und der Beruf des Gesetzgebers bewährt sich nicht bloß daran, die rechte Saat, sondern auch die rechte Zeit der Aussaat zu treffen.

Das Zwölftafeln-Gesetz war ein mühsam errungenes Gut, das auch das spätere Geschlecht an die Kämpfe erinnerte, die es gekostet, so wie an den Werth, den man auf die Erlangung desselben gelegt hatte. Es war aber nicht bloß ein Gesetz, eine Summe von Rechtssätzen, sondern die Rechtssätze waren zugleich Rechte im subjectiven Sinn, das Gesetz war die Magna Charta, der Freibrief der Plebs, die eifersüchtige Aufrechthaltung und Bewachung desselben nicht bloß eine Sache des Standesinteresses, sondern auch der Standesehre.

Für das abstracte, in beziehungsloser Allgemeinheit auftretende Gesetz, für die bloße Rechtsregel erwärmt sich Niemand, vergießt Niemand sein Blut, aber in unseren Rechten steckt unsere Person und unsere Ehre, wird sie verletzt, mißhandelt, behauptet. Wo das Recht nicht, wie bei den Völkern des Orients, seine Festigkeit und Kraft der göttlichen Weihe entnimmt, ist die Form der Erwerbung und Schätzung desselben als eines subjectiven Rechts dieses Standes,[50b]) Volks (Privilegien, Freiheiten u. s. w.)

50a) Weiter ausgeführt in meinem Kampf ums Recht, Aufl. 3. S. 34, 35.

50b) In Rom erstreckte sich dies selbst auf die Familie oder die Gens in Bezug auf die von einem Mitgliede derselben zu irgend einer Zeit beantragten und erwirkten Gesetze, man vergleiche z. B. die Aeußerung von Liv. V. 11 Fors ita tulit, ut eo anno tribunus plebis Cn. Trebonius esset, qui nomini ac familiae debitum praestare videretur Treboniae legis patrocinium; gewissen Familien war durch eine derartige hervorragende That eines ihrer Ahnherren geradezu eine Art von Hauspolitik vorgezeichnet.

weitaus die wirksamste; die Rechtsgeschichte aller abendländischen Völker liefert uns Beispiele in Menge dafür.

So auch Rom in seinem XII Tafeln-Gesetz. Die Festigkeit und Unantastbarkeit, die das Gesetz den angegebenen Umständen verdankte, artete aber keineswegs in Stagnation aus, das Gesetz blieb Jahrhunderte lang die Grundlage des ganzen Privatrechts und Civilprozesses,[51]) allein ohne die Fortbildung des Rechts durch Doctrin und Praxis auszuschließen.

Das Recht, das sich auf diesem Wege einer freien Entwickelung des Zwölftafeln-Gesetzes bildete, nennen die Römer jus civile im engern Sinn, die Mitwirkung der Juristen bei diesem Werke interpretatio. Es war nicht eine bloße Auslegung des Gesetzes, sondern, wie dies der Name selber andeutet (interpres Vermittler, Unterhändler), eine Vermittelung zwischen dem geschriebenen Recht und dem Leben. Also die Zurichtung des Rechts zum Zweck der gerichtlichen Geltendmachung: die prozessualische Formulirung; die Verarbeitung desselben zum Zweck des Verkehrs: die Ausarbeitung von Formularen für Contracte, Rechtsgeschäfte, letztwillige Dispositionen aller Art, die Entdeckung von Mitteln und Wegen, um rechtliche Zwecke, deren unmittelbare Verfolgung hätte zweifelhaft sein können, auf indirecte Weise möglich zu machen. Durch die Anerkennung des Prinzips der Autonomie in ihren drei Hauptrichtungen: auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden,[52]) auf letztwillige Verfügungen[53]) und auf das Associationswesen[54]) hatte das Gesetz der freien Bewegung des Verkehrs von vornherein einen weiten Spielraum geöffnet, und die Jurisprudenz sorgte

51) Die staatsrechtlichen Bestimmungen der XII Tafeln wurden durch die spätern Fortschritte der Plebs bald antiquirt.

52) Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.

53) Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.

54) L. 4 de colleg. (47. 22). Gajus Lib. 4 ad leg. XII tab. Sodales sunt, qui ejusdem collegii sunt, quam Graeci ἑταιρίαν vocant. His autem potestatem facit lex pactionem, quam velint, sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant.

dafür, daß dieſe Bewegung ſich nicht in's Formloſe verlief, ſondern daß ſie in feſte Bahnen gelenkt wurde (§. 42). Aber auch bei der eigentlichen Interpretation der Beſtimmungen des Geſetzes wußte die Jurisprudenz dem fortgeſchrittenen Bedürfniß des Lebens gerecht zu werden, das Geſetz auf der Höhe der Zeit zu erhalten. Der Verlauf der Darſtellung wird uns Gelegenheit geben (§. 44), den Charakter der altrömiſchen Interpretation genauer kennen zu lernen und uns zu überzeugen, daß die Jurisprudenz es keineswegs als ihre Aufgabe anſah, ſich den Worten des Geſetzes ſklaviſch unterzuordnen, ſondern daſſelbe zu ergänzen, fortzubilden und über ſich ſelbſt hinaus zu führen. Es fehlt nicht an Beiſpielen, daß die Juriſten in Widerſpruch mit den Worten des Geſetzes neue im Lauf der Zeiten nothwendig gewordene Rechtsſätze einführten[55]) oder von hergebrachten Interpretationen, wenn ſie nicht mehr paßten, abgingen,[56]) der analogen Erweiterung der Beſtimmungen des Geſetzes ganz zu geſchweigen.[57]) Kurz das Geſetz war kein todter Buchſtabe, der die Gegenwart gewaltſam auf dem Standpunkt der Vergangenheit feſthielt, ſondern es war eine lebendige Macht, die mit der Zeit gleichen Schritt hielt. Wer wie Cicero einige Jahrhunderte ſpäter den majeſtätiſchen Baum vor Augen hatte, den die Jurisprudenz aus dem ſchwachen Reis gezogen hatte, mochte ſich der Täuſchung hingeben, als habe auf

55) Ich erinnere z. B. an die Einſchränkung des agnatiſchen Erbrechts der Weiber auf den Grad der consanguineae Gaj. III. §. 14, 23. Ulpian. XXVI. 6. Paul. sent. rec. IV. 8. §. 22: ... idque jure civili voconiana ratione videtur effectum; ceterum lex XII tabularum nulla discretione sexus cognatos admittit. S. auch l. 120 de V. S. (50. 16) Verbis legis XII tabularum ..... latissima potestas tributa videtur ... sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate jura constituentium.

56) So z. B. bei der usucapio pro herede (Gaj. II. §. 54: .. olim ipsae hereditates usucapi credebantur ... postea creditum est, ipsas hereditates usucapi non posse), hinſichtlich der Annahme eines furtum an unbeweglichen Sachen, hinſichtlich der Auslegung des Verbots der Uſucapion von res furtivae.

57) z. B. die Berufung des Patrons zur Tutel. Ulp. XI. 3.

Erden nie etwas so Vollendetes das Licht der Welt erblickt als die XII Tafeln-Gesetzgebung[58]) — er sah nur was sie geworden, nicht was sie ursprünglich war.

4. Sicherheit und Unabhängigkeit der Verwirklichung des Rechts.

Der Grundsatz der Unverletzlichkeit der jura quaesita — die Unabhängigkeit der Justiz, innere und äußere — Verhältniß der Polizei und der Verwaltung zur Justiz.

> Majores nostri admirabili aequitate ne ea quidem eripuere privatis, quae ad modum publicum pertinebant, ... ut in suis finibus proprium jus tam res publica quam privata haberent.
> Frontinus de aquaed. c. 128.

XXVIII. Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß drei für das gedeihliche Wachsthum des Rechts ungemein wichtige Momente bei dem ältern römischen Privatrecht zusammentrafen: die frühzeitige Codification, die dasselbe zur Selbständigkeit in der Form erhob, die Ausscheidung der dem Fas und der Censur zufallenden Zwecke und Aufgaben, welche ihm die Selbständigkeit der begrifflichen Entwickelung, die Möglichkeit der reinen Ausbildung des privatrechtlichen Prinzips gewährte, und endlich der Charakter der Unantastbarkeit des XII Tafeln-Gesetzes, welcher ihm während mehrerer Jahrhunderte eine unverrückbare, feste Grundlage sicherte. Aber die Selbständigkeit des Rechts beruht nicht bloß darauf, daß sein inneres Wesen im Gegensatz zu ver-

58) Cic. de orat. I. c. 44: Bibliothecas mehercule omnium philosophorum unus mihi videtur XII tabularum libellus, si quis legum fontes et capita viderit, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare ..... Quantum praestiterint nostri majores prudentia ceteris gentibus, tum facillime intelligetis, si cum illorum Lycurgo et Dracone et Solone nostras leges conferre volueritis. Incredibile est enim, quam sit omne jus civile praeter hoc nostrum inconditum ac paene ridiculum.

wandten Gebieten nach Form und Inhalt richtig erkannt und dargestellt werde; das Recht ist dazu da, daß es sich verwirkliche, und nur dort ist es zu seiner Selbständigkeit gelangt, wo es diese Wirkung im vollen Umfang ausübt, wo es *herrscht*. Herrschaft des Rechts ist Ueberwindung des Widerstandes, den das Unrecht ihm entgegensetzt, diese Ueberwindung aber ist bedingt durch das Uebergewicht der äußern Gewalt, also dadurch, daß dieses Uebergewicht sich stets auf Seiten des Rechts befinde. Es ist Aufgabe des Staats, sich innerhalb seines Gebietes dasselbe zu verschaffen und es stets in die Wagschale des Rechts zu werfen. Im entwickelten Staatsleben ist die erstere Aufgabe gelöst, die Garantie für die Erfüllung der zweiten hängt von der Energie und Empfindlichkeit des nationalen Rechtsgefühls ab. Wo das Recht keine innere Macht besitzt, hat es auch keine äußere; nur hier darf die Staatsgewalt es wagen, ungestraft dem Rechte Hohn zu bieten.

In Rom durfte sie es nicht. Zwei Versuche waren gemacht, aber sie endeten mit dem Sturz der Schuldigen. Die Vertreibung der Könige und der Decemvirn lehrte die Machthaber, was es auf sich hatte, in Rom das Recht mit Füßen zu treten. Hart, grausam, roh, wenn es die Formen des Rechts *für* sich, und umgekehrt sich willig der Härte und Strenge fügend, wenn es sie *gegen* sich hatte, war das römische Gefühl gegen eine formelle Verletzung des Rechts im äußersten Grade empfindlich. Bei Anblick des Schuldners, der als Sklave in die Fremde verkauft ward, blieb das römische Herz kalt, Niemand rührte sich für ihn, aber eine Unbill, die ein Gläubiger widerrechtlicher Weise sich gegen seinen Schuldknecht erlaubt hatte, beschwor einen Aufstand herauf, der nur durch eine gänzliche Umgestaltung des Schuldrechts zu dämpfen war,[59] und als in späterer Zeit ein Prätor auf die Idee kam, ein altes, längst in Vergessenheit gerathenes Gesetz hervorzuziehen, um die Beitreibung geschuldeter Zinsen zu vereiteln, fand er seinen Tod auf dem Tribunal.[60] Wenn irgend-

59) Liv. 8, 28.

60) Das Weitere III. 114.

wo die formale Selbständigkeit des Rechts: seine ungehemmte, rücksichtslose Verwirklichung (S. 20) eine Wahrheit gewesen ist, so war sie es an demselben Ort und zu derselben Zeit, wo auch die begriffliche Selbständigkeit desselben zur höchsten Entfaltung gediehen ist: zu Rom in der Blüthezeit der Republik. Es ist etwas Hohes und Herrliches um diese rücksichtslose Verwirklichung des Rechts; wenn alle Güter geopfert, die stärksten Triebe, Gefühle und Rücksichten überwunden werden, damit das Recht triumphire. Von einem solchen Heroismus der Selbstverläugnung im Dienst des Rechts hatte beim Beginn der Republik Brutus ein in der römischen Erinnerung unvergänglich fortlebendes Beispiel gegeben. Neben dem Bilde des vertriebenen Königs, der nicht verstanden, seine Kinder die Gebote des Rechts zu lehren, und der sein und der Seinigen Vergehen mit Verbannung und Elend büßte, stand Brutus, der Märtyrer des Rechts, mit dem vom Blut der eigenen Söhne triefenden Beile — ein Titelblatt zur Geschichte der römischen Republik, wie es zur Bezeichnung des Geistes, der sie in Bezug auf das Recht beseelte, nicht besser hätte gegeben werden können — das Programm der kommenden Zeit.

Und doch! — das Titelblatt scheint nicht zu passen! Der römische Staat ist öfter dem Programm untreu geworden. Oder war es nicht eine Verläugnung desselben, wenn er sich erlaubte, zu Gunsten der unter ihrer Schuldenlast seufzenden Masse durch novae tabulae die Gläubiger in ihren Ansprüchen zu verkürzen? Um darauf eine Antwort zu ertheilen, werden wir genöthigt sein, eine Frage aufzuwerfen, die wir im Bisherigen als sich von selbst verstehend vorausgesetzt haben, nämlich: ob denn die rücksichtslose Verwirklichung der Rechte das letzte und höchste Postulat der Rechtsidee sei, oder ob es nicht über demselben noch ein höheres gebe, dem jenes, sobald beide mit einander in Conflict gerathen, zu weichen habe?

Für alle Völker, welche die persönliche Unfreiheit sei es in Form der Sklaverei sei es in der der Leibeigenschaft kennen oder gekannt haben, kommt eine Zeit, wo sie der Rechtswidrigkeit der-

selben inne werden und sich in ihrem Gewissen verpflichtet fühlen, ihr ein Ende zu machen. Dürfte die Gesetzgebung keine bestehenden Rechte aufheben, sie müßte den Widerspruch des Einzelnen, der sich der Aufhebung der Sklaverei oder Leibeigenschaft selbst um den Preis voller Entschädigung widersetzt, respectiren —; die Hartnäckigkeit einzelner Individuen könnte ein Institut verewigen, das die allgemeine Stimme als frevelhaft, als fluchwürdig verdammt hat. Entspricht eine solche Achtung bestehender Rechte der Idee des Rechts? Im Gegentheil, sie enthält eine Versündigung gegen dieselbe! Denn die Idee des Rechts verlangt, daß das Unrecht, wenn es als solches erkannt ist, ausgerottet werde. Heißt es aber das Unrecht ausrotten, wenn man bloß die Rechts*sätze* der Vergangenheit aufhebt, dagegen die Rechts*verhältnisse*, in denen sie sich verwirklicht haben, fortbestehen läßt? Aber sie sind doch „wohlerworbene Rechte." Gewiß, aber darum doch keine *ewige*! Oder vermöchte die Vergangenheit rücksichtlich der *Rechte*, was sie rücksichtlich der *Rechtssätze* nicht vermag: ihnen ein Anrecht auf die Ewigkeit gewähren? Ist die Gegenwart, die sich lossagt von den *Satzungen* der Vergangenheit, verdammt, die *Saat*, die daraus hervorgegangen, wuchern zu lassen? Nein! Diese Rechte sind für sie keine *Rechte* mehr, sie tragen nur die äußere Hülle eines Rechts an sich — todte Larven, aus denen das Leben wich, als die Ansichten, denen sie ihr Leben verdankten, dem Verdammungsurtheil der Geschichte verfielen. Für sie die Heiligkeit des Rechts anrufen heißt dieselbe mit Füßen treten, sie mißbrauchen, um das Unrecht zu stützen. Ohne Aufhebung bestehender Rechte (ob mit oder ohne Entschädigung, steht hier nicht zur Frage) ist der Fortschritt des Rechts selber nicht denkbar — das Recht ist der Saturn, der seine eigenen Kinder verspeist.[60a])

60a) Ueber diesen Conflict der Vergangenheit des Rechts d. h. der auf Grund desselben entstandenen Rechte mit dem werdenden Recht s. auch meinen Kampf um's Recht Aufl. 3 S. 29, 30.

Aber nicht bloß solche innerlich abgestorbenen Rechte darf und soll der Staat ausrotten; es kann Lagen für ihn geben, in denen er genöthigt und darum berechtigt ist, der Erhaltung des Ganzen ein Recht des Einzelnen, das er selber als wohlbegründet und schutzwürdig anerkennt, zum Opfer zu bringen. Wo es gilt, das Schiff zu retten, wirft der Schiffer die Waaren über Bord; wenn das Leben in Gefahr ist, wird ein Glied geopfert. Und so darf und muß auch die Staatsgewalt, wenn das Heil des Ganzen auf dem Spiele steht, mit den Rechten der Einzelnen sich ein Gleiches erlauben. Das ist nicht sowohl das Gesetz der äußern Noth, sondern es ist ein in der Aufgabe des Staats und der Stellung des Einzelnen zum Gemeinwesen begründetes Recht. Das Opfer an dem Eigenthum, das der Staat dem Einzelnen zumuthet, steht nicht höher als das seines Lebens, das er gegen den äußern Feind in Anspruch nimmt. Daß er ihn für ersteres zu entschädigen hat, ist ein Gebot der Gerechtigkeit, aber die Befugniß selber darf dem Staat nicht bestritten werden, denn von den beiden Pflichten, welche er zu erfüllen hat: der Sicherung und Erhaltung des Einzelnen und der der Gesammtheit ist letztere die höhere, der in einem Conflictsfall erstere sich unterzuordnen hat.

Kehren wir zum altrömischen Rechte zurück. Werfen wir die Frage auf, ob das römische Volk, wie man behauptet hat (Note 43), in Wirklichkeit der Ansicht gewesen, daß es keine Rechte der Einzelnen zu respectiren brauche, so lautet die Antwort, welche die Geschichte ertheilt, gerade entgegengesetzt. Der Zug der Achtung, der ängstlichsten Schonung der Privatrechte bethätigt sich überall. Mit bloßen Aussprüchen über die Unverletzlichkeit der Privatrechte ist die Frage nicht abgethan,[61]) es kommt

61) Schweppe Das römische Privatrecht I. §. 1 hat, um zu beweisen, „daß die Schonung wohlerworbener Rechte von Seiten des Staats schon von den Römern als gegründet anerkannt worden sei" einzelne Aussprüche der Quellen zusammengestellt, die aber wenig in's Gewicht fallen. Einen wunderlichen Contrast dazu bildet es, wenn derselbe Schriftsteller in einem andern Werk, in seiner Rechtsgeschichte §. 156 lehrt: in Hinsicht des Umfangs sei die

vielmehr auf die thatſächliche Anerkennung dieſes Grundſatzes an. Dafür aber bieten ſich Belege in Fülle, und ich kann nicht unterlaſſen, da der Gegenſtand meines Wiſſens kaum der Aufmerkſamkeit gewürdigt worden iſt, einige derſelben zuſammen zu ſtellen.

In der Zeit der Noth kam es vor, daß der Staat auch Sklaven unter die Fahnen rief, aber die Eigenthümer bekamen für ſie den vollen Preis.[62]) Ebenſo wenn ein Sklav, der ſich um das Gemeinweſen z. B. durch Anzeige von Verſchwörungen verdient gemacht hatte, zur Belohnung von Staatswegen die Freiheit erhielt.[63]) Dem Finder der angeblichen Bücher des Numa, welche der Senat zu verbrennen beſchloß, ward eine Entſchädigung angeboten.[64]) Die Expropriation des zum Bau öffentlicher Straßen und Werke erforderlichen Baumaterials erfolgte vorſchriftsmäßig nur gegen Zahlung des Werths,[65]) und bei der Expropriation des Grund und Bodens verfuhr man mit einer ſolchen Rückſicht und Schonung, daß man dem Beſitzer das ganze Grundſtück abkaufte, auch wenn man nur einen Theil deſſelben nöthig hatte,[66]) und nicht ſelten bei Weigerung der Beſitzer völlig davon abſtand.[67]) Den Schaden, der durch ſolche öffentliche Anlagen

---

Staatsgewalt nach der römiſchen Anſicht nur durch ihren eignen Willen beſchränkt geweſen, es habe daher auch keine Unverletzlichkeit der Rechte Einzelner und namentlich des Rechtsganges gegeben.

62) Liv. 22, 56.

63) Val. Max. 5, 6 §. 8. Liv. 32, 26.

64) Liv. 40, 29.

65) S. Cum bei Frontinus de aquaed c. 125.

66) Frontinus de aquaed. c. 128.

67) Liv. 40, 51: Impedimento operi fuit M. Licinius Crassus, qui per fundum suum duci non est passus. Suet. August. c. 56: forum angustius fecit non ausus extorquere possessoribus proximas domus. Um eine Vorſtellung von den enormen Summen zu geben, die in ſolchen Expropriationsfällen gezahlt wurden, bemerke ich, daß der Platz für eine Baſilika am Forum über 4 Millionen (Cic. ad Att. IV. 16), der Platz für das Forum Julium über 7 Millionen Thaler zu ſtehen kam (Plin. 36, 15, 24).

den benachbarten Grundbesitzern zugefügt war, ersetzte man.[68]) Zu Zeiten der Getreidenoth schickte man Commissäre in die Provinzen, welche dort Getreide anzukaufen hatten; man verbot den Provinzialen an Andere zu verkaufen als an sie, allein man setzte ihnen einen angemessenen Preis.[69]) Den Frauen, die in der Zeit der Bedrängniß ihr Gold und Geschmeide dem Staate zur Verfügung gestellt hatten, ward das Gegebene zurückerstattet.[70]) Es ist kein Fall bekannt, daß der Staat seinen Gläubigern gegenüber seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt hätte. Als einmal in Folge eines neu ausgebrochenen Krieges die Staatscasse sich außer Stand sah, einen der angesetzten Zahlungstermine inne zu halten, befriedigte man die Gläubiger mit öffentlichen Ländereien, wobei man ihnen vorbehielt, dieselben bei besserem Cassenbestande gegen den angesetzten Preis zurückzugeben.[71])

Diesen zahlreichen Beispielen der strengen Rechtlichkeit, durch welche sich die oberste Staatsgewalt in ihrem Verhältniß zu den Privaten leiten ließ, und die in der That den Lobspruch von Frontin verdient, den ich an die Spitze dieses Paragraphen gestellt habe, steht meines Wissens aus dem guten Zeitalter der Republik nur ein einziges gegenüber, wo der Staat unter dem eisernen Gebot der Noth diese Eigenschaft verläugnete. Es ist dies die während der punischen Kriege wiederholt vorgenommene Reduction des Münzfußes — eine Maßregel, durch welche der Staat zwar nicht formell, aber doch materiell seine Gläubiger um einen Theil ihrer Ansprüche brachte.[71a]) Wie wenig aber

68) Tacit. Ann. 1, 75.

69) Die Belegstellen bei Burmannus Vectigalia populi Rom. Leid. 1734 c. 2 p. 19, 20. Einen Fall, wo man in Rom bei einer Hungersnoth die Besitzer zwang: »profiteri frumentum et vendere, quod usu menstruo superesset« s. bei Liv. IV. 12.

70) Liv. 6, 4.

71) Liv. 31, 13: medium inter aequum et utile, wie er die Maßregel charakterisirt.

71a) Plin. H. N. 33, 13 ita quinque partes factae lucri dissolutumque aes alienum. Als Grund gibt er an: cum impensis respublica

auch ſie geeignet iſt, der Lehre von der angeblichen Omnipotenz des ſouveränen römiſchen Volkswillens als Stütze zu dienen, dafür wird die Bemerkung genügen, daß ähnliche Maßregeln auch außerhalb Roms oft genug vorgekommen ſind. Hätten die Römer wirklich an jene Omnipotenz geglaubt, der Staat hätte ein viel billigeres und einfacheres Mittel gehabt ſich ſeiner Schulden zu entledigen, er hätte nur zu beſchließen brauchen, daß ſie als ganz oder theilweiſe bezahlt gelten ſollten. Es iſt mir nicht bekannt, daß jemals ein derartiger Antrag in Rom verſucht worden wäre.

Dies iſt um ſo bezeichnender, als ſolche Anträge in Anwendung auf Privatſchulden nicht ſelten geſtellt und mit Geſetzeskraft verſehen wurden. Es ſind dies die oben erwähnten novae tabulae, d. h. Geſetze, welche den Privatſchuldnern eine Erleichterung von der Schuldenlaſt gewährten, ſei es durch Erlaß der rückſtändigen Zinſen, ſei es durch vorgeſchriebene Anweiſung der gezahlten auf die Capitalſchuld u. ſ. w. Dieſe Geſetze enthielten unzweifelhaft einen empfindlichen Eingriff in die Privatrechte, und beurtheilt man ſie vom rein abſtracten Standpunkt, ohne die Umſtände zu kennen, die ſie veranlaßten und rechtfertigten, ſo wird man allerdings nicht umhin können, ſie zu verdammen. Allein in ihrem richtigen hiſtoriſchen Zuſammenhang betrachtet erſchienen ſie in einem ganz andern Licht. Sie waren periodiſche Aderläſſe, welche durch die Stockungen im geſellſchaftlichen Organismus mit Nothwendigkeit geboten waren. Ihre Nothwendigkeit hatte allerdings in einer Fehlerhaftigkeit des Organismus ihren Grund, allein der Fehler ſelber war ſo tief in dem ſocialen Organismus Roms begründet, daß keine Macht auf Erden im Stande geweſen wäre, ihn zu entfernen — Rom hätte nicht Rom ſein müſſen! — und alle Maßregeln, die darauf gerichtet waren, wie z. B. das verzweifelte Mittel, das Zinſennehmen völlig zu unterſagen, mußten ſich nothwendigerweiſe als wirkungslos erweiſen.

---

non sufficeret; ebenſo Festus: grave aes ... populus, pressus aere alieno.

Der Fehler lag in der Ungunst und Unsicherheit des ökonomischen Loses der niederen Stände.[71b]) Beeinträchtigt durch die Concurrenz der Sklavenarbeit, hatte der auf seinen Erwerb angewiesene freie Mann selbst in Friedenszeiten Noth, sich seinen Lebensunterhalt zu verdienen. Es brauchte also nur eine Unterbrechung seiner Thätigkeit einzutreten, wie die häufigen Kriege sie so oft herbeiführten, oder Mißwachs und Hungersnoth, um ihn mit Nothwendigkeit den Wucherern in die Arme zu treiben. Wenn man nun den hohen Zinsfuß des Alterthums in Anschlag bringt, so wird man begreifen, wie auch bei sparsamster Wirthschaft und Anstrengung aller Kräfte eine in der Noth contrahirte Anleihe sich zu einer Lawine gestalten konnte, die den Mann und sein ganzes Hauswesen unter sich begrub. Nur so erklärt sich die colossale Ausdehnung der Verschuldung der ärmeren Klassen und der furchtbare Druck, unter dem sie seufzten; das Schuldenwesen war der Fluch und die bitterste Anklage der römischen Zustände. Für den Staat aber hatte die Sache eine hoch politische, überaus ernste Seite. Die Unerschwinglichkeit der Schulden bedeutete für den Schuldner nicht bloß den Verlust der vermögensrechtlichen, sondern zugleich auch der politischen Selbständigkeit und Unabhängigkeit. Er mußte stimmen, wie sein Gläubiger ihm vorschrieb; wenige Wucherer verfügten vielleicht über hunderte von Stimmen. Allein auch ganz abgesehn von diesem Gesichtspunkt — das grauenhafte Loos eines numerisch sehr beträchtlichen Theils des römischen Volks schloß, eben weil es unverdient war, einen Vorwurf und eine Gefahr für das Gemeinwesen in sich, daß die gepriesene politische Klugheit der Römer sich völlig hätte verläugnen müssen, wenn sie nicht, sobald das Uebel einen bedrohlichen Grad erreicht hatte, in der einen oder andern Weise dafür Abhülfe gesucht hätte. Es kam vor, daß der Staat dem Bedürftigen das Geld vorschoß (Note 409), allein dazu war er weder immer in der Lage, noch reichte der bloße Wechsel in der Person

71b) Die weitere Ausführung s. in §. 34.

des Gläubigers aus, um den Schuldnern eine Erleichterung zu gewähren. So griff man denn zu dem angegebenen Mittel, bei dem die Gläubiger immerhin in ihren Büchern genug einbüßen mochten, ſchwerlich aber ſo viel, um nicht, wenn ſie die Geſammtbilanz zogen, dennoch ein ganz lohnendes Geſchäft gemacht zu haben.

So war alſo der Erlaß von novae tabulae, weit entfernt einen ſchnöden Willkürakt, ein Geſchenk zu Gunſten des einen Theils des Volks auf Koſten des andern zu enthalten, in der That eine Maßregel der höheren ſocialen Gerechtigkeit, ein Akt der Selbſterhaltung des Gemeinweſens.[72]) In dieſem Licht haben auch die Römer ſelber die Sache angeſehen — nicht alſo als eine Maßregel, die im Prinzip der Volksſouveränetät ſchon ihre Rechtfertigung finde, ſondern als ein durch die höchſte Noth gebotenes und entſchuldigtes Rettungsmittel,[73]) abgeſehen von dieſer Vorausſetzung aber — und zur Zeit des Verfalls ſah man in der That nicht ſelten von ihr ab — als eine unverantwortliche Willkür, als ſchreiendes Unrecht.[74]) Dem Eindruck, den wir bisher ge-

72) Ich verweiſe auf die ausführlichere Rechtfertigung dieſer Maßregeln bei Niebuhr röm. Geſch. Bd. 2 S. 23 fl. (bei Gelegenheit der liciniſchen Rogationen).

73) Cicero de republ. 2, 34: .... quum plebes publica calamitate impendiis debilitata deficeret, salutis omnium causa aliqua sublevatio et medicina quaesita est. Sueton Jul. Caesar c. 42.

74) Val. Max. 6, 2 §. 12 (über den Juriſten Caſcellius, der durch Nichts dazu zu beſtimmen war: de aliqua earum rerum, quas triumviri dederant, formulam componere . . . beneficia eorum extra omnem ordinem legum ponens) Cicero de offic. 2, c. 22: qui autem populares se esse volunt, ob eamque causam aut agrariam rem tentant, ut possessores suis sedibus pellantur aut pecunias creditas debitoribus condonandas putant, ii labefactant fundamenta reipublicae ..... deinde aequitatem, quae tollitur omnis, si habere suum cuique non licet. Id enim est proprium civitatis atque urbis, ut sit libera et non sollicita suae rei cujusque custodia. Atque in hac pernicie reipublicae etc. Cicero hatte in den 10 Jahren, die zwiſchen der einen und andern Aeußerung lagen, ſchwerlich ſeine Anſicht verändert, wie Niebuhr annimmt (röm. Geſch. Note 1347), ſondern die eine

wonnen haben, entspricht es, daß die rückwirkende Anwendung der Gesetze, welche so störend in bestehende Verhältnisse und erworbene Rechte eingreifen kann, regelmäßig durch einen ausdrücklichen Zusatz [75]) ausgeschlossen wurde.

Neben dem bisher betrachteten Grundsatz der Unverletzlichkeit der erworbenen Rechte kommt für die Unabhängigkeit der Verwirklichung des Rechts noch ein anderer höchst wichtiger Punkt in Betracht: die Garantie einer unabhängigen, gleichmäßigen und unbestechlichen Civil-Justiz. [76]) Die äußeren Einrichtungen der Gerichtsverfassung, die Formen des Verfahrens und das materielle Recht vermögen durch sich allein diese Garantie nicht zu verleihen, d. h. die moralische Integrität des Richterstandes nicht entbehrlich zu machen, aber wie sie selbst bei der moralischen Verderbtheit des Volks und folglich auch der Richter immer noch einen gewissen Schutz gewähren, so sind sie für moralisch unverdorbene Zeiten von um so höherem Werth. Die Gerichtsverfassung kann von der Art sein, daß sie unberechtigte Einflüsse von Seiten der Staatsgewalt bald mehr, bald weniger ausschließt (Absetzbarkeit oder Unabsetzbarkeit der Richter u. s. w.), daß sie die Richter sonstigen unbefugten Einflüssen bald in höherem, bald in geringerem Grade zugänglich macht (Einzelnrichter, Richtercollegien, pecuniäre Situirung derselben u. s. w.), die Formen

bezieht sich auf den weisen Gebrauch, die andere auf den Mißbrauch des Mittels. Wie Schmidt (Note 43) S. 153 Anm. 1 darin, „daß das römische Recht die Aufhebung der Civilrechte durch einen Akt der Staatsgewalt als einen durch vis major oder casus herbeigeführten Rechtsverlust betrachte," eine Consequenz der von ihm dem römischen Recht supponirten Auffassung erblicken kann, ist mir völlig unbegreiflich. Ich sollte sagen, daß das Gegentheil nicht hätte klarer ausgedrückt sein können, denn vis major, casus bildet ja den Gegensatz zum Recht, jene Aufhebung wird dadurch also als ein Akt der reinen Gewalt gekennzeichnet.

75) z. B. Ne quis post hanc legem rogatam (l. 1 pr. ad leg. Falc. (35. 2), ne quis posthac (l. 12 ad leg. Jul. de adult. 48. 5.)

76) Die eigenthümliche Beschaffenheit der römischen Criminaljustiz ist bereits früher (§. 25) entwickelt, auf letztere braucht daher an dieser Stelle keine Rücksicht mehr genommen zu werden.

des Verfahrens von der Art, daß ſie der Willkür bald größeren, bald geringeren Spielraum gewähren. Das Ideal der Civilrechtspflege, welches der ältere Prozeß zu verwirklichen ſucht, iſt das einer Rechtsmaſchine, er charakteriſirt ſich durch die Eigenſchaften der Sicherheit, unausbleiblichen Gleichmäßigkeit und folglich auch der Unfreiheit. Der Einfluß des individuellen Ermeſſens (und damit auch die Gefahr der Willkür), dem das ſpätere Recht einen ſo weiten Raum darbietet, war im ältern Recht möglichſt beſchränkt; die bei der Prozedur thätigen Perſonen des Prätors und des Richters waren Stücke einer Prozeßmaſchinerie, die ſich unabänderlich in derſelben Weiſe bewegte. Damit war zwar das rein Aeußerliche der Form gewahrt, aber welche Garantie bot dieſe Verfaſſung für die materielle Gerechtigkeit? Hinſichtlich der Perſon des Prätors bedarf es nur eines Blicks auf deſſen Stellung und Functionen, hinſichtlich der Richter und zwar des Centumviralgerichts lege ich beſonderes Gewicht auf das numeriſche Moment, die collegialiſche Organiſation deſſelben, hinſichtlich des Einzelrichters verweiſe ich theils auf den ſocialen Stand der in die Liſten eingetragenen Richter, [76a]) theils auf den Einfluß, der den Partheien auf die Wahl des Richters eingeräumt war, hinſichtlich aller aber auf die Oeffentlichkeit der Rechtspflege und ihre Unabhängigkeit von irgend einer andern Macht als derjenigen, die gerade umgekehrt eine Garantie darbot: der öffentlichen Meinung. Die Theilung der Functionen zwiſchen Prätor und Richter, welche das Charakteriſtiſche des ſpätern Formularprozeſſes ausmacht und in dem Verfahren dieſer Periode: dem Legisactionen-Prozeß ſchon ihren Urſprung hat, iſt für unſern Geſichtspunkt

76a) Während der ganzen gegenwärtigen Periode wurden ſie aus den Senatoren genommen, nur der arbiter im alten Sinn, wie er in den XII Tafeln vorkommt d. h. der Sachverſtändige, Techniker, der nicht ſowohl Rechtsfragen, als rein factiſche Fragen zu beurtheilen hat (Schätzung der Früchte bei der reivindic., Regulirung des Laufs der Gewäſſer, Theilung von Erbſchaften und Grundeigenthum), mag ein Mann aus dem Volke geweſen ſein.

ebenfalls nicht ohne Bedeutung, obschon sie durch denselben nicht veranlaßt ist.[76b]) Denn es ist klar, daß diese Einrichtung, indem sie beide zur Cooperation berief, die Gefahr einer partheiischen Justiz wesentlich verminderte. Die volle Richtergewalt, statt in einer Hand vereinigt zu sein, war damit auf zwei vertheilt, halbirt und eben damit jede der beiden mitwirkenden Personen von der andern abhängig gemacht — ein Verhältniß, wie bei öffentlichen Cassenbeamten, von denen jeder einen besonderen Schlüssel zur Casse hat, und keiner ohne den andern dieselbe öffnen kann. Den einen Schlüssel hatte der Prätor in seinem »jus dicere«, den andern der Richter im »judicare«, mit der formula band der Prätor den Richter, aber doch nicht so, daß letzterer nicht da, wo er nach Art der Frage hätte Ja sagen sollen, dennoch hätte Nein antworten und damit dessen unlautere Pläne vereiteln können. Aber vielleicht noch einflußreicher als diese wechselseitige juristische Abhängigkeit war die gegenseitige moralische Controlle, welche das Verhältniß für beide Theile herbeiführte, und die mittelst dieser Einrichtung beiden Partheien gewährte Möglichkeit einer ungehinderten, völlig freimüthigen Kritik der Erlasse des Prätors vor dem Richter. Die vom Prätor ertheilte formula band den Richter in seinem Urtheil über die Sache, aber nicht in seinem Urtheil über sie selbst, und die Parthei, die sich durch dieselbe verletzt glaubte, war bei Verhandlung der Sache nicht durch die Anwesenheit des Prätors genöthigt, dem Ausdruck ihrer Gefühle Zwang anzuthun[76c]) — das Verfahren in judicio gestaltete sich ungesucht zu einer Kritik des Verfahrens in jure. Andererseits mußte auch der Richter bei seinem Spruch darauf Bedacht nehmen, daß

76b]) Auf einen einfachen, meines Erachtens völlig begründeten prinzipiellen Gegensatz (den der Prozeßvoraussetzungen und der materiellen Prüfung des Streitverhältnisses) hat jene Theilung des Verfahrens in jure und judicio zuerst zurückgeführt O. Bülow in seiner Lehre von den Prozeßeinreden und den Prozeßvoraussetzungen, Gießen 1868 S. 285—296.

76c]) Cic. pro Tull. §. 38 ... in judicio queri praetoris iniquitatem, quod »de injuria« (in formula) non addiderit.

ſchon ein Anderer mit der Sache eine Voruntersuchung angeſtellt hatte und über den Stand derſelben im Allgemeinen unterrichtet war, und daß der Grundſatz der rechtlichen Unumſtößlichkeit ſeines formell richtig erlaſſenen Richterſpruches weder den Bericht und die Klage der Parthei bei dem Prätor über den Ausgang der Sache ausſchloß, und ihm alſo in moraliſcher Beziehung nicht die geringſte Deckung verlieh, noch auch juriſtiſch ſich ſo weit erſtreckte, daß er ihn gegen jede Haftung ſicher ſtellte. Denn ganz abgeſehen davon, daß dem Aeußerſten, wozu er es kommen laſſen konnte: der Beſtechung durch eine der Partheien, durch Androhung der Todesſtrafe ein wirkſamer Damm entgegengeſetzt war,[77] — eine Maßregel, die ihr Gegenſtück in dem andern Geſetz fand,[77a] welches die Parthei, die durch Drohungen auf den Richter zu wirken hoffte und dadurch ſeine Unpartheilichkeit zu beeinträchtigen verſuchte, für den Fall, daß ſie dieſelben ausführte, mit der Sacertät (I. 279) belegte — ganz abgeſehen hiervon war in doppelter Weiſe dafür geſorgt, daß der Richter auf der Bahn der Pflicht blieb. Einmal durch die disciplinäre Gewalt des Prätors, vermöge deren derſelbe ihn durch die bekannten Mittel der multae dictio und des pignora capere zur Pflichterfüllung anhalten konnte, insbeſondere im Fall der Läſſigkeit; der Prätor blieb, auch nachdem er mit Ertheilung der formula von der Bühne abgetreten war, immer noch im Hintergrund als Beſchwerdeinſtanz wegen verweigerter und verzögerter Juſtiz.[77b] Sodann durch die geſetzliche Beſtimmung, daß der Richter, der ein nichtiges Urtheil ſpricht,[77c] oder

77) Gellius 20, 1, 7.

77a) Die lex Valeria von 305; Liv. 3, 55.

77b) l. 49 §. 1 de jud. (5. 1) .. cogi pronuntiare. Bei den judicia legitima, welche ſeit der lex Julia judiciaria mit $1\frac{1}{2}$ Jahren verjährten (Gaj. IV. 104), wird, wenn der Ablauf der Friſt durch den Richter verſchuldet war, für ihn die Folge des litem suam facere eingetreten ſein. Der Prätor konnte übrigens noch eine kürzere Friſt ſetzen, arg. l. 32 ibid.

77c) Dies war der Fall, wenn das Urtheil der formula nicht entſprach; denn dieſem Urtheile fehlte es an der vom Prätor in der formula ihm zugeſicherten Kraft. Nach Grundſätzen des römiſchen Prozeſſes war dadurch der

durch Versehen oder böse Absicht die Parthei um ihr gutes Recht bringt, derselben dafür zu haften hat; das Gesetz substituirt ihn an Stelle der freigewordenen Gegenparthei: litem suam fecit.[78])

In wie hohem Grade das materielle Recht durch seine Gestaltung dazu beitrug, die Sicherheit und Gleichmäßigkeit der Rechtspflege zu fördern, wird seiner Zeit aus der innern Charakteristik des materiellen Rechts sich ergeben.

Auf Grund der bisherigen Darstellung wird sich die Behauptung rechtfertigen, daß das ältere Recht in hohem Grade die nöthigen Voraussetzungen einer sichern, gleichmäßigen Rechtspflege in sich schloß. Nur in Bezug auf das Verhältniß der Rechtspflege zur Staatsgewalt bieten sich uns zwei befremdende Erscheinungen dar, nämlich die Suspendirung des civilprozessualischen Verfahrens und Zwanges gegen die höhern Beamten während der Dauer ihres Amtes[78a]) und die unsern heutigen Ideen über die Unabhängigkeit der Justiz durchaus widerstrebende Zulässigkeit einer Einwirkung der Magistrate und Tribunen auf die Rechtspflege. Letztere beruhte auf dem Veto, das denselben gegen die Verfügungen ihrer Collegen zustand, und insoweit, aber auch nur insoweit, als es sich um Verfügungen des Prätors in Rechtsangelegenheiten handelte, konnten sie dagegen ihren Protest einlegen.[79]) Nicht also gegen den Richterspruch; sowie die Sache

Kläger um seinen ganzen Anspruch gebracht, denn weder konnte der Richter, nachdem er einmal gesprochen, das Urtheil rectificiren, noch der Kläger von neuem Klage erheben, hier haftete also statt des Beklagten der Richter selber, Gaj. IV. 52.

78) l. 5 §. 4 de O. et A. (44. 7).

78a) Es sprach sich dies darin aus, daß eine in jus vocatio wider ihren Willen gegen sie untersagt war. Gellius 13, 13 §. 4.

79) S. Puchta Curs. der Institut. B. 2 §. 180 a. E. In der temporären Abberufung des Richters von Seiten der Tribunen, die Cicero pro Cluentio c. 27 erwähnt, wird man schwerlich eine Beeinträchtigung des Richteramtes finden wollen. Sonst aber ist mir kein Fall bekannt, wo ein Tribun oder Magistrat in den Gang des Verfahrens vor dem Judex eingegriffen hätte (daß der Prätor vermöge seines Aufsichtsrechts es durfte, steht damit nicht in Widerspruch). Die Stellen, die man anführt (Klenze

an den Richter gekommen, war ihre Einwirkung ausgeschlossen, — den Richterspruch konnte in der ältern Zeit keine Macht der Erde rechtlich umstoßen, noch mochte der Richter selbst oder der Prätor ihn ändern oder zurücknehmen. Auch wird uns meines Wissens nirgends berichtet, daß in alter Zeit je von irgend einer Macht der Autorität eines richterlichen Urtheils entgegengehandelt wäre. Ein mittelbarer Einfluß der nicht mit der Rechtspflege betrauten Beamten sowohl auf die Instruction des Prozesses als auf sonstige rechtliche Verfügungen des Prätors war also möglich, und es liegt kein Grund vor, ihn erst aus späterer Zeit zu datiren. Es vermindert sich aber das Gewicht dieser Eingriffe, wenn man bedenkt, daß sie nur negativer Art waren, die beabsichtigte rechtliche Verfügung zwar vertagen, aber nicht eine andere an deren Stelle setzen konnten, so wie daß dem Einspruch keine Rechtskraft zukam, so daß also nicht nur der Nachfolger im Amt, sondern der Urheber selbst ihn zurücknehmen konnte. Und sodann hatte die ganze Einrichtung nicht einen der Rechtspflege feindlichen Charakter, sondern umgekehrt den Zweck, ihr zu dienen, eine Partheilichkeit und Ungerechtigkeit des Prätors unschädlich zu machen. Im Anfange der Republik, als noch die Rechtspflege, ausschließlich den Händen der Patricier anvertraut, den Einwirkungen des Partheiinteresses ausgesetzt war, mußte das Veto der Tribunen auch in seiner Anwendung gegen rechtliche Verfügungen patricischer Beamten für die Plebs unschätzbar sein.[80])

Frag. leg. Serv. p. 84 not. 5, Keller röm. Civilprozeß, §. 82 Note 987), sprechen gar nicht von Civilgerichten, sondern von judiciis publicis, die l. 58 de jud. (5. 1) freilich von ersteren, aber von einem majus imperium in eadem jurisdictione. Die lex Gall. cisalp. col. I. vers. 51 verbietet ausdrücklich die Intercession bei einem Civilverfahren. Zur Unterstützung möge noch angeführt werden, daß letztere bei einer quaestio perpetua mindestens entschieden verwerflich war (Geib Criminalprozeß S. 289) oder wohl geradezu in der betreffenden lex verboten (s. z. B. lex Acilia c. 21).

80) Freilich gilt auch hier der Satz, daß es kein Gut gibt, das nicht durch Mißbrauch sich in sein Gegentheil verkehren lasse, man vergleiche

Wie wenig die Römer in der That geneigt waren, das Gebiet der Justiz zu verkürzen oder sie in ihrer Selbständigkeit zu beeinträchtigen, zeigt sich schlagend an einem Punkt, der sonst der eigentliche Tummelplatz der Conflicte zwischen Staatsgewalt und Justiz zu sein pflegt, nämlich an dem Verhältniß der Justiz zur Polizei und Verwaltung. Während anderwärts die Polizei ihr Gebiet gern auf Kosten der Justiz erweitert, hat sie in Rom umgekehrt einen beträchtlichen Theil desselben an die Justiz abgetreten. Unsere heutigen Polizeicontraventionen bildeten nämlich in Rom wenigstens der Mehrheit nach den Gegenstand einer actio popularis d. h. eines ganz regulären Civilprozesses.[81]) Der Prätor wie der Richter befolgten hier durchaus die strengen Grundsätze des Civilrechts, und der Staat oder das Volk, als dessen Vertreter der Kläger gedacht wurde,[82]) ordnete sich ganz der Justiz unter, kämpfte gegen den Beklagten mit völlig gleichen Waffen.

Ganz dasselbe galt für einen der wichtigsten Zweige der Verwaltung: das Steuerwesen. Abgesehen nämlich von der Erhebung des Tributums, der directen Steuer, hatte der römische Staat bekanntlich das System der Verpachtung der öffentlichen Einkünfte, der Steuern, Zehnten, Zölle u. s. w., was für den hier in Rede stehenden Gesichtspunkt die wichtige Folge hatte, daß an die Stelle des Staats oder seiner Beamten die Steuerpächter (publicani)

---

z. B. den Fall, von dem Liv. 6, 27 berichtet, wo die Tribunen sich zur Erreichung politischer Zwecke jeder Personalexecution widersetzten, also in dieser Richtung ein Justitium herbeiführten. Der Senat vermochte dasselbe und machte davon Gebrauch, indem er z. B., um eine Gährung der Masse zu beschwichtigen, verfügte »ne quis magistratus, quoad bellatum esset, jus de pecunia credita diceret.« Liv. 6, 31 oder: »ut praetores .. res in diem tricesimum differrent, donec etc.« Liv. 39, 18.

81) Ueber den letzten historischen Grund dieser Erscheinung habe ich früher (§. 14) bereits meine Meinung geäußert; s. jetzt auch III. 337.

82) In manchen Gesetzen, die eine solche actio popularis einführten, hieß es geradezu: populo dare damnas esto und sodann: ejus pecuniae petitio ei sit, qui volet.

als Steuererheber traten. Bei Streitigkeiten zwischen letzteren und den Steuerpflichtigen standen also nicht Staat und Privatperson, sondern zwei Privatpersonen sich gegenüber, die ihren Streit ganz im Wege des gewöhnlichen Civilprozesses zu erledigen hatten, ohne daß der Ausgang desselben den Staat irgendwie berührte und ein Eingreifen der Verwaltungsbehörde erforderlich gewesen wäre. Dem Publikanen war jedoch im Vergleich zu gewöhnlichen Privatpersonen eine Vergünstigung ertheilt, nämlich die einer besonders privilegirten Klage (der legis actio per pignoris capionem), eine Vergünstigung, die für das Verhältniß unentbehrlich und auch andern Forderungen zugestanden war,[82a]) und die andererseits durch die Strafklage, die der Gegenpartei für den Fall einer unrechtmäßigen Erpressung von Seiten der Publikanen gegen sie gegeben war, reichlich aufge-

---

82a) Man kann, wie ich (§. 12) die „militärische, religiöse oder politische Beziehung" der durch pign. capio geschützten Forderungen anerkennen, oder selbst mit Degenkolb Die lex Hieronica. Berlin 1861. S. 97 von einer „publicistischen Natur" des Anspruchs der Steuerpächter sprechen, ohne dadurch mit der Behauptung im Text in Widerspruch zu gerathen. Der Publikane pfändete im eigenen Interesse ebenso wie die übrigen bei Gaj. IV. 28 genannten Personen, nicht im Interesse des Staats, er war kein Beamter, der Prozeß zwischen ihm und dem Steuerpflichtigen kein Prozeß zwischen der Staatsbehörde und der Privatperson. Wenn von Bethmann-Hollweg §. 30 Note 37 sagt: „Der Publikane verfuhr gegen den Abgabepflichtigen nicht im Rechtsweg, sondern durch eigenmächtige Pfändung", so verweise ich dagegen auf meine Ausführungen über die genannte Art der legis actio (§. 12), durch welche ich dargethan zu haben glaube, daß dieselbe dem Gepfändeten den Rechtsweg in keiner Weise abschnitt, sondern ihn in der Beschreitung desselben nur insofern beschwerte, als er selber dabei die Rolle des Klägers zu übernehmen hatte. Hätte diese legis actio kein eventuelles prozessualisches Verfahren hinter sich gehabt, so hätte sie nicht als eine der Arten des Legisactionen-Prozesses gelten können; das pignus capere kam auch von Seiten des Magistrats vor, aber weil hier das civilprozessualische Nachverfahren hinwegfiel, zählte man diesen Fall mit Recht nicht unter denen der pignoris capio per legis actionem auf. Nur so wird es auch erklärlich, daß mit Einführung des Formularprozesses diese legis actio in eine gewöhnliche actio fictitia umschlagen konnte. Gaj. IV. 32.

wogen wurde.[83]) An Einfluß und Macht war freilich der eine Theil dem andern unendlich überlegen, und es ist bekannt, daß dies factische Uebergewicht der Publikanen zur Zeit des Verfalls die rechtliche Gleichheit wenigstens in den Provinzen oft illusorisch machte.[84]) Für die jetzige Periode und für Rom und Italien werden wir dies nicht annehmen dürfen, jedenfalls kann dadurch das Interesse der Einrichtung, um die es sich hier handelt: die Thatsache der rechtlichen Unterordnung eines großen Theils des Steuerwesens unter die Justiz, nicht vermindert werden.

Auch bei sonstigen Forderungen, welche der Staat gegen Privatpersonen hatte, suchte er die Beitreibung derselben möglichst in die Hände einer Privatperson zu bringen, allerdings mehr seinetwegen, um sich die Mühe zu erleichtern, als des Schuldners wegen, um ihm den Vortheil eines gleichen Gegners zu verschaffen. Allein wenn letzteres auch nicht Zweck, so war es doch eine beachtenswerthe Folge dieser Maßregel; das Uebergewicht, das die Person des Beamten als des Vertreters des Staats in die Wagschale geworfen hätte, ward vermieden, indem an Stelle desselben die des Aufkäufers von Staatsforderungen (praediator)[84a]) gesetzt ward. Ganz so verfuhr der Staat bei Reprobation von ausverdungenen Accordarbeiten, das Werk ward auf Kosten des bisherigen Annehmers von neuem in Accord gegeben, und der neue Annehmer verfolgte seine Forderung gegen jenen im Wege des gewöhnlichen Civilprozesses. Ganz dasselbe geschah in Bezug auf die Anweisungen, die der Staat auf das aes militare equestre und hordiarium gab; ihre Beitreibung fiel demjenigen

83) Ueber diese Klagen s. Cicero in Verrem III. 11, Gaj. IV. §. 28. 32. Tit. Pand. de publ. (39. 4).

84) Quantae audaciae, ruft Ulpian für seine Zeit aus (l. 12 pr. de public.) quantae temeritatis sint publicanorum factiones, nemo est qui nesciat; iccirco Praetor ad compescendam eorum audaciam hoc edictum proposuit.

84a) Dieser Verkauf der Staatsforderungen ist unter dem »praedes vendere« zu verstehen; s. darüber Rudorff Röm. Rechtsgesch. II. 308.

anheim, dem ſie ausgeſtellt waren,[84b]) die Staatsgewalt miſchte ſich weiter nicht hinein. In allen dieſen Fällen ſtand alſo trotz des publiciſtiſchen Urſprunges oder Charakters der Forderung dem Schuldner die Möglichkeit offen, dieſelbe im Wege des gewöhnlichen Civilprozeſſes gegen eine ihm völlig gleichſtehende Privatperſon zu beſtreiten.

Andererſeits gab es freilich auch Fälle, wo die Staatsbehörde ihre Anſprüche gegen die Privatperſon ſelbſt executirte, ſo die im Sacramentsprozeß verwirkten Succumbenzgelder (sacramenta), die auferlegten Ordnungsſtrafen (multae) und die criminell verhängten Geldſtrafen (poenae pecuniariae), das auferlegte Tributum, die Einziehung des confiscirten Vermögens.[84c]) Und umgekehrt iſt wenigſtens ein Fall bezeugt, wo der Staat in den Formen des gewöhnlichen Civilprozeſſes Recht nahm, nämlich im Streit um Eigenthum.[84d])

Eine andere für den Geſichtspunkt, den wir hier verfolgen, höchſt charakteriſtiſche Erſcheinung iſt die Vorliebe der Römer, Streitigkeiten, die an und für ſich gar keine civilrechtliche Bedeutung hatten, auf dem Wege des Civilprozeſſes zur Entſcheidung zu bringen. Die sponsio praejudicialis,[84e]) die prozeſſualiſche Wette, gab hierfür eine Form von unbegränzter Weite; das Anerbieten einer ſolchen Sponſion brauchte allerdings nicht angenommen zu werden, enthielt aber doch eine Art von moraliſchem Zwang. Wir finden nun nicht bloß, daß Privatperſonen

---

84b) Gaj. IV. 27.

84c) S. über dieſe Fälle von Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 95 bis 99 und Rudorff a. a. O. S. 307; über die römiſche Adminiſtrativjurisdiction im allgemeinen Th. Mommſen Röm. Staatsrecht I. S. 119 bis 121. Die Realiſirung von Vermögensmaſſen erfolgte freilich wiederum durch Verkauf an Private (sectores) Rudorff a. a. O.

84d) Dies ergibt ſich aus den vindiciae secundum populum, Fest. Vindiciae. Daſſelbe galt bei Gränzſtreitigkeiten, von Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 100 Note 53.

84e) Rudorff Röm. R. G. II. §. 28.

sich dieses Mittels bedienen, sondern auch Beamte unter sich,[85]) Beamte gegen Privatpersonen[86]) und umgekehrt letztere gegen jene, um durch gerichtliche Erhärtung irgend eines vorgeschützten Entschuldigungsgrundes den Lauf einer gegen sie verhängten Maßregel zu sistiren.[87]) So diente dies Mittel namentlich auch dazu, um den Grund oder Ungrund gemachter Beschuldigungen zu constatiren, Jemanden auch ohne oder noch vor dem judicium publicum eines Verbrechens zu überführen, staatsrechtliche Streitigkeiten zur Entscheidung zu bringen u. s. w.[88])

Die Neigung der Römer für die Ausdehnung des civilprozessualischen Prinzips, die sich hierin so recht ausspricht, ging aber nicht so weit, daß die Beamten die Bestreitung ihrer Competenz oder die angefochtene Rechtmäßigkeit ihrer Verfügungen der richterlichen Cognition hätten unterwerfen müssen. Für sie, die von dem gewöhnlichen Gerichtsbann eximirt waren, gab es eine andere Instanz, theils die Volksversammlung, wenn es sich um Anfechtung ihrer Straferkenntnisse oder nach Niederlegung ihres Amtes um eigene Verantwortung wegen Mißbrauchs ihrer Gewalt handelte, theils und zwar bei Verfügungen aller Art die Intercession ihrer Collegen — Garantien von so wirksamer Art, daß die Verschließung des gewöhnlichen Civilrechtsweges dagegen gar nicht in Betracht kam. Hierzu gesellte sich noch der Grundsatz, daß die Verfügungen der Beamten der Rechtskraft ermangelten, also von ihrem Urheber sowohl wie vom Nachfolger zurückgenommen werden konnten, und die Durchführung derselben zwar den *factischen*, nie aber den *rechtlichen* Verlust eines Privatrechts zur Folge haben konnte.[88a])

85) Der bekannte Fall bei Valer. Max. 2, 8, 2 über den Anspruch auf einen Triumph.

86) Liv. 3, 56. 57.

87) Val. Max. 6, 1, 10.

88) *Keller* Civilprozeß §. 26 und die dort citirten Semestria desselben.

88a) Der Nachweis wird im Abschnitt über den Grund des Rechts in Theil II Abth. 2 folgen.

II. Der Gleichheitstrieb.

Factiſche und rechtliche Gleichheit — Das Generaliſirungsſyſtem — Rechtliche Verſchiedenheiten und Ungleichheiten vor dem Geſetz — Weſen der altrömiſchen Gleichheit — Aeußerungen derſelben im öffentlichen und Privatrecht — Unterſchiede der Perſonen und Sachen — Stellung des Richters — Berechnung der Zeit und des Schadenerſatzes — Bleibende Bedeutung des Gleichheitstriebes für das römiſche Recht.

> Aequitate constituenda summos cum infimis pari jure retinebat. Jus enim semper est quaesitum aequabile, neque enim aliter esset jus.
> Cic. de off. II. 12.

XXIX. Der zweite und dritte von unſern Grundtrieben tragen die Namen jener Zwillingsparolen, die ſeit mehr als einem halben Jahrhundert die Welt in Bewegung ſetzen — die Freiheit und Gleichheit — einſt das Loſungswort der Edelſten und Beſten, dann das Feldgeſchrei gerade der wilden Maſſe. Die verworrenſten Vorſtellungen von der einen, die gehäſſigſten Erinnerungen von der andern Seite erweckend, ſcheinen ſie für die unbefangene Betrachtung des altrömiſchen Rechts wenig geeignet zu ſein; das ganze Getöſe der Gegenwart, dem wir ſonſt auf dieſem Gebiete ſo weit entrückt ſind, ſchallt mit jenen Worten an unſere Ohren. Und doch — wir können jene Worte nicht entbehren und wir wollen uns durch all' den frevelhaften Mißbrauch, den man mit ihnen getrieben hat und treibt, nicht abhalten laſſen uns freudig zu ihnen zu bekennen und in ihnen die höchſten und edelſten Ideen zu preiſen, die das Recht ſein nennt. Aber um ſo mehr thut es Noth uns über den Sinn zu verſtändigen, in dem ſie allein eine Berechtigung in Anſpruch nehmen können; um ſo mehr wollen wir die Gelegenheit benutzen vom römiſchen Volk zu lernen, wie ein charaktervolles und politiſch reifes Volk dieſe Ideen auffaßt, und welche Früchte ſie ihm trugen.

Wie in der phyſiſchen Welt die Natur, ſo producirt in der moraliſchen Welt die Geſchichte tagtäglich Ungleichheiten; je mehr

Kraftentwickelung, um so bunter die Mannigfaltigkeit. Darin besteht das Leben in der Natur und der Geschichte, daß beide aus der geringen Zahl der Elemente, mit denen sie beginnen, einen unendlichen Reichthum der mannigfaltigsten Gebilde hervorbringen. Diese Mannigfaltigkeit und Ungleichheit hinwegwünschen, hieße Natur und Geschichte zum Stillstand, zum Tode verdammen. In Bezug auf die Natur hegt Niemand einen solchen Wunsch, hinsichtlich der moralischen Welt ist er oft ausgesprochen und wird er sich stets wiederholen. Alle jene Ungleichheiten in der Stellung der Menschen, die das unvermeidliche Resultat der Geschichte sind, in Rang, Stand, Vermögen u. s. w. hat man als Widersprüche gegen die wahre Freiheit und Gerechtigkeit angesehen und verlangt, daß sie der Idee der abstracten Gleichheit weichen sollen. Den ersten historisch bekannten Versuch zur praktischen Realisirung einer solchen Auffassung enthielt die lykurgische Gesetzgebung. Lykurg wollte die effective Gleichheit von Sparta's Bürgern, d. h. eine Gleichheit derselben nicht bloß in ihren Rechten, sondern eine persönliche und sociale, also in ihrer Erziehung, Bildung, Lebensweise, ihrem Vermögen. Eine solche gesetzlich erzwungene Gleichheit ließ sich nur errichten auf dem Grabe der Freiheit, sie war die äußerste Tyrannei unter republikanischem Deckmantel, die bitterste Satire auf die wahre Freiheit, denn sie verkannte und vernichtete das ureigenste Recht des Subjects auf freie Entfaltung seiner Individualität.

Es war dieselbe Auffassung des Gedankens der Gleichheit, die in der neuern Geschichte, in dem Bauernkriege in so schrecklicher Gestalt zum Ausbruch kam und später in der französischen Revolution ihr blutiges Spiel von neuem begann.

Dürfen wir nach solchen Erfahrungen das Prinzip der Gleichheit überhaupt noch anerkennen, oder ist es nicht von vornherein aufzugeben als ein Wahn, dem die Geschichte die Ausführbarkeit versagt? Die Antwort darauf kann uns das römische Volk ertheilen. Die Gleichheit, welche die Römer wollten, hat mit der des Lykurg und unserer heutigen Gleichheits-

apostel nichts gemein; letztere würden sich im alten Rom ebenso enttäuscht und unbehaglich gefühlt haben wie im freien England und Amerika.

Die römische Gleichheit geht Hand in Hand mit der wahren Freiheit und darum auch mit dem auf Ungleichheiten gerichteten Bildungstriebe der Geschichte, ja sie läßt sich als Ausfluß der Freiheit selbst betrachten. Frei soll sich in Rom entwickeln alles, was Lebenskraft in sich trägt, und daß nicht Eine Kraft hier auf Kosten der andern künstlich d. h. durch Gesetz bevorzugt werde, das ist es, was die römische Gleichheit will. Die Ungleichheit des Resultats, welche die natürliche Folge der Verschiedenheit der Kräfte ist, oder die durch die Zwecke des Staats bedingt wird, hat für die Römer nichts Verletzendes. Ungleichheit in der Lebensstellung, in Rang, Stand, Ehre, politischem Einfluß, Vermögen u. s. w. erschien dem Römer nicht als ein Verstoß gegen das republikanische Prinzip. Willig zollte er jenen Vorzügen seine Achtung, und von einem Hasse gegen die Besitzenden, diesem düstern Schatten der heutigen Zeit, findet sich keine Spur. Der Grund lag darin, daß diese Verschiedenheiten in Rom das natürliche Product freier Entwickelung waren. Wo sie dies sind, haben sie nichts Gehässiges; sie können nur da in einem solchen Lichte erscheinen, wo sie durch künstliche Mittel d. h. durch Privilegien hervorgerufen oder geschützt sind, wo also das Uebergewicht des Einen durch gesetzliche Zurücksetzung des Andern bewerkstelligt ist. Hier kann allerdings das an sich völlig berechtigte Gefühl der Gleichheit, durch die Mißachtung, die es erfährt, gestachelt, sich in Haß und Groll gegen die Besitzenden verkehren, und das Phantom der falschen, widersinnigen Gleichheit bei den Massen Eingang finden, während ein wahrhaft freies Volk von demselben nichts zu befürchten hat.

Die Gleichheit vor dem Gesetz ist durch die Idee der Gerechtigkeit geboten; das seiner Natur nach Gleiche soll auch vom Gesetz gleich behandelt werden. Aber was ist gleich? Das ältere römische Recht strebt nicht weniger wie das neuere, die Gleichheit

(aequum jus, aequitas)[89] herzuſtellen, aber wie unendlich verſchieden iſt die aequitas im Sinne des neuern Rechts von der im Sinne des ältern, in jenem Sinn, in welchem Tacitus[90] die Zwölftafel-Geſetzgebung finis aequi juris nennt: das Aeußerſte des gleichen Rechts! Hat doch das ſpätere Recht dieſen Ausdruck ausſchließlich für ſich in Anſpruch genommen, und iſt er es doch gerade, mittelſt deſſen daſſelbe ſich als billiges Recht zu dem ſtrengen (strictum jus) der ältern Zeit in Gegenſatz ſtellt. Das Urtheil, welches die ſpätere Zeit über letzteres fällte, iſt in dem bekannten Satz: summum jus summa injuria[91] ausgedrückt, der Vorwurf nämlich, daß die Gleichheitstendenz des ältern Rechts in Wirklichkeit die äußerſte Ungleichheit zur Folge gehabt habe. Die Billigkeit des ſpätern Rechts würde dagegen der ältern Zeit als eine aus übertriebener Milde hervorgegangene Abweichung von der wahren Gleichheit haben erſcheinen müſſen, während ſie umgekehrt einem verweichlichten Billigkeitsgefühl vielleicht ſtellenweiſe noch den Eindruck einer zu großen Strenge machen könnte.[92]

Welche Bewandtniß hat es nun mit dieſer Gleichheit, woher die Erſcheinung, daß trotz des gleichmäßigen Strebens aller Zeiten, die Gleichheit im Recht herzuſtellen, doch die Reſultate ſo unendlich variiren? Dies hat theils einen objectiven, theils einen ſubjectiven Grund. Einmal nämlich ändern ſich im Lauf der Zeit die Dinge ſelber; an die Stelle der urſprünglichen Conformität in den Lebensverhältniſſen des Volks: in Vermögen, Bildung,

89) Aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat. Cicero Topic. c. 4.

90) Annal. III. 27. In demſelben Sinn, in welchem Liv. III. 34 die Decemvirn von den XII Tafeln ſagen läßt: se omnibus summis infimisque jura exaequasse.

91) Cic. de off. I. 10, 33: . . Ex quo illud: summum jus summa injuria jam tritum sermone proverbium, oder wie Columella I. 7 ſagt: summum jus antiqui summam putabant crucem.

92) Ueber die Relativität des Begriffs der Billigkeit ſ. Thöl in ſeiner Einleitung in das deutſche Privatrecht §. 18.

ſocialer Stellung, Gegenſatz von Stadt und Land, Anweſenheit und Abweſenheit u. ſ. w. tritt mit dem Fortſchritt der Cultur eine immer größere Verſchiedenheit dieſer Verhältniſſe, der gegenüber die Beibehaltung des urſprünglichen auf die Gleichheit desſelben berechneten Maßes immer unthunlicher wird. Die fixen Geldſätze von 25, 500, 1000 As des ältern römiſchen Rechts waren für die ſpätere Zeit geradezu eine Unmöglichkeit geworden, ebenſo die urſprüngliche Gleichheit in der Behandlung der Anweſenden und Abweſenden, als das Territorium Roms und das Gebiet des römiſchen Handels ſich ums hundert- und tauſendfache erweitert hatte. Sodann aber ändert ſich mit den Dingen auch die Anſchauung, das Gefühl des Volks für die Wahrnehmung von Ungleichheiten bildet ſich mit letzteren ſelber immer mehr aus, das Gerechtigkeitsgefühl wird empfindlicher, ein Gegenſatz, den das rohe Rechtsgefühl kaum wahrgenommen hatte, erſcheint dem feineren Sinn einer gebildeten Zeit als ein für die rechtliche Beurtheilung völlig Ausſchlag gebender, ſelbſt für ſolche Verhältniſſe und Fragen, die ſachlich durch die Veränderung der Dinge gar nicht berührt worden ſind z. B. den Gegenſatz der Schuld und Zurechnung.

Der Weg, auf dem ein jedes Recht die Gleichheit verfolgt und verfolgen muß, iſt Generaliſirung[93]) d. i. Bildung von Klaſſen und Aufſtellung von Regeln für dieſelben. Dabei iſt aber die Gefahr, daß das wirklich Ungleiche gleich behandelt wird, gar nicht zu vermeiden. Möge das Recht bei dieſer Generaliſirung auch immer engere und engere Kreiſe ziehen, immer weiter hinabſteigen in die Beſonderheiten:[94]) jene Gefahr iſt nie ausge-

---

93) Thöl a. a. O. §. 37 nennt es: Klaſſificirung. Der obige Ausdruck iſt gebildet nach l. 8 de leg. (l. 3): Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur.

94) Man könnte dies das Particulariſiren, die entgegengeſetzte Richtung des Rechts das Centraliſiren nennen — zwei allerdings ſehr relative Begriffe, aber zur hiſtoriſchen Charakteriſtik unentbehrlich. Verwandt mit dem Particulariſiren iſt der Richtung nach das Individualiſiren,

schlossen. Sowie die Generalisirung relativ zu weit ist, stellt sich der Conflict der Gleichheitsidee mit sich selbst d. i. die Unbilligkeit heraus, d. h. das wirkliche Ungleiche wird als gleich behandelt, weil die kleine Differenz, die es ungleich macht, im Gesetz nicht beachtet war. Dies ergibt sich gewöhnlich zuerst an einem einzelnen Fall, an dem jene Differenz in besonders auffälliger Weise sich bemerklich macht. Möge nun dieser Fall auch zur Aufstellung einer neuen für die Zukunft geltenden Regel Veranlassung geben: er selbst wird noch der alten Regel zum Opfer fallen, wenn nicht das Recht hier eine Vorrichtung hat, seine eigene Vorschrift außer Kraft zu setzen — eine Selbstcorrectur des Rechts auf dem Wege des Individualisirens. Hat ein Recht sich einmal das Ziel gesetzt, jenen Conflict der Gleichheitsidee mit sich selbst, die Möglichkeit einer „Unbilligkeit" nicht zu dulden, so bleibt allerdings kein anderes Mittel übrig. Die Anwendung desselben läßt sich in verschiedener Weise denken. Entweder so, daß die Regel selber von vornherein eine solche Elasticität erhält, daß sie sich der Individualität des concreten Falles völlig anzupassen vermag (z. B. die actio injuriarum aestimatoria, das Strafmaximum und -Minimum) oder so, daß der einen Regel eine andere gegenüber gestellt wird, bestimmt, die Härten jener in der Anwendung auszuschließen (restit. in integrum des neuern römischen Rechts, Strafmilderungsgründe) oder endlich in der Weise, daß eine höhere Gewalt über dem Richter ohne im voraus fixirte Normen die Correctur des Rechts vornimmt — eine Combination der gesetzgebenden und richterlichen Function im einzelnen Fall, wie der Prätor, später der Kaiser[95])

von dem nachher im Text die Rede ist, dem Begriff nach aber sehr verschieden, denn es bildet ja den Gegensatz zum Generalisiren. Wo nichts darauf ankommt, beide in Gegensatz zu stellen, kann man gern den Sprachgebrauch, der beide unter dem einen Ausdruck Individualisiren zusammenfaßt, beibehalten, denn letzterer bezeichnet ja die Steigerung der particularisirenden Richtung über sich selbst hinaus, involvirt also letztere.

95) Constantin I. 1 Cod. de leg. (1. 14) Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.

und heutzutage mit Beschränkung auf die Criminaljustiz (Begnadigungsrecht) der Souverän sie ausübt. Immer bleibt aber dies Mittel insofern ein höchst gewagtes und bedenkliches, als die rechtliche Beurtheilung damit den festen Boden der objectiven Rechtsregel verläßt und sich dem schwankenden Element subjectiver Eindrücke anvertraut, ein Element, das recht eigentlich das der bewußten oder unbewußten Willkür ist.[96] Im römischen Privatrecht[97] tritt diese individualisirende Tendenz erst mit dem dritten System auf, dem Geist des ältern Rechts widerstrebt sie durchaus, der Eingang ist ihr hier nach allen Seiten versperrt. Weder soll der Gesetzgeber im einzelnen Fall Ausnahmen von dem Gesetz anordnen oder eine besondere Norm für denselben aufstellen,[98] noch darf der Richter (der Prätor so wenig wie der judex) sich im einzelnen Fall über das Gesetz hinwegsetzen, noch auch war der ganze Zuschnitt des ältern Rechts von der Art, daß dem richterlichen Ermessen ein irgend beträchtlicher Spielraum gelassen wäre. Unter dem Deckmantel der Billigkeit hätte ja die Willkür und Partheilichkeit sich geltend machen können, und lieber opfert das ältere Recht die ganze Billigkeit, setzt sich also der Eventualität aus, daß seine Gleichheit im einzelnen Fall zur äußersten Ungleichheit führt, als daß es jene Gefahr bestehen ließe. Den alten Römern erschien ihrer ganzen Individualität nach jene

---

96) Was die römische Jurisprudenz sich nicht verhehlte und nicht verhehlen konnte; s. Paulus in l. 91 §. 3 de V. O. (45. 1) ... quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub juris auctoritate perniciose erratur.

97) Ueber das Criminalrecht s. oben S. 45 ff.

98) So wenigstens faßt Cicero das bekannte Verbot der XII Tafeln auf, pro domo c. 17: vetant XII tabulae leges privis hominibus irrogari, pro Sextio c. 30. de legib. III. c. 19: privilegia tollit. Er selber gibt jedoch (de leg. III. 23, 58) ein Beispiel des Gegentheils, bei dem es sich freilich nur um ein Polizeigesetz (Begräbniß innerhalb der Stadt) handelte: C. Fabricius virtutis causa solutus legibus. Ein anderes Beispiel, bei dem es sich ebenfalls um Abtragung einer öffentlichen Dankesschuld handelte: bei Liv. 39, 19.

Möglichkeit in einem ganz andern Lichte, als uns heutzutage; die eiserne Consequenz, die in der Gleichheit sich ausspricht, hatte als solche für sie etwas Imponirendes, machte ihnen die Resultate, zu denen sie führte, erträglich, und mit der vermeintlichen „Unbilligkeit" einer Entscheidung konnte den Betroffenen selber der Gedanke versöhnen, daß die Gerechtigkeit einmal es so mit sich bringe. Auch für das Rechtsgefühl gibt es eine Abhärtung und Verweichlichung, und die Römer waren am wenigsten das Volk, das, wo es große Zwecke galt, zurückgebebt wäre, denselben die Rücksichen auf individuelles Wohl zu opfern. Die unausbleibliche Verwirklichung des Gesetzes, die Ausschließung jeglicher Partheilichkeit und Willkür, das waren Gedanken von solcher Gewalt über das römische Gemüth und ihm durch die den XII Tafeln vorausgehende Periode patriarchalisch-willkürlicher Justiz (Note 18) so tief eingeprägt, daß die Nachtheile, die mit dem System verbunden waren, willig ertragen wurden.

Darum also — und dies ist ein charakteristischer Zug des ältern Rechts im Gegensatz des neuern — rücksichtslose Herrschaft der abstracten Regel, entschiedene Abneigung gegen alles *Individualisiren* im Recht.

War damit allein schon die Gleichheit vor dem Gesetz sicher gestellt? Gewiß nicht, denn wenn es auch verwehrt war, im *einzelnen* Fall eine Ungleichheit, eine Ausnahme von der Regel eintreten zu lassen, so war dadurch doch die Einführung einer *generellen* Ungleichheit vor dem Gesetz, z. B. durch gesetzliche Bevorzugung oder Zurücksetzung gewisser Stände noch nicht ausgeschlossen. Es führt mich dies auf einen wichtigen Unterschied: den der rechtlichen *Verschiedenheiten* und rechtlichen *Ungleichheiten*. Daß das Gesetz an gewisse natürliche Unterschiede der Menschen und Sachen rechtliche Verschiedenheiten knüpfen darf und soll, leuchtet ein. Die Stellung der Frau bedingt andere Rechtssätze als die des Mannes, das Kind kann rechtlich nicht dem Erwachsenen gleich behandelt werden, und die natürliche Verschiedenheit des Gegenstandes, z. B. die Eigenschaft der Beweg-

lichkeit oder Unbeweglichkeit wird gleichfalls auf das Recht nicht ohne Einfluß bleiben können. In politischer Beziehung gilt ganz dasselbe, und es gehört der gänzliche Mangel politischer Einsicht und historischer Kenntnisse dazu, um dies zu verkennen. Von diesen rechtlichen Verschiedenheiten sind aber wohl zu unterscheiden die Ungleichheiten vor dem Gesetz d. h. Abweichungen von der Regel des Rechts, die nicht durch objective Gründe, sei es durch das Staatswohl oder durch innerliche Verschiedenheiten geboten sind, sondern lediglich eine Bevorzugung[99]) eines Standes oder einer Klasse von Personen auf Kosten anderer bezwecken, und deren letzter Grund nur in dem socialen Uebergewicht des Einflusses besteht, den dieser Stand auf die gesetzgebende Gewalt auszuüben und in seinem egoistischen Interesse auszubeuten verstanden hat.

Daß sie einen Verstoß gegen die Idee der Gerechtigkeit enthalten, eine Partheilichkeit und Willkür, die mit der des Richters auf völlig gleicher Stufe steht, ist unschwer zu ersehen. Soll der Richter Niemanden bevorzugen, wie dürfte es der Gesetzgeber? Auch er soll seine Macht nur im Dienst der Gerechtigkeit benutzen; wie könnte Gleichheit das höchste Gesetz und das Ziel der richterlichen Gewalt sein, wenn sie es nicht auch für die gesetzgebende wäre?

Dieser Unterschied zwischen rechtlichen Ungleichheiten und Verschiedenheiten ist nicht bloß in der Idee begründet, sondern er lebt als Thatsache im Gefühl der Völker. In der Anwendung desselben können sie freilich sehr divergiren; was dieser Zeit als eine durch innere und äußere Gründe gebotene rechtliche Verschiedenheit erscheint, darin findet eine folgende vielleicht eine schreiende Ungleichheit vor dem Gesetz. Der Grund dieser Differenz ist der oben bemerkte doppelte Gegensatz in der objectiven Verschie-

---

99) Der Kürze wegen habe ich im Text nur auf Bevorzugungen (s. g. privilegia favorabilia) Rücksicht genommen; was von ihnen gesagt ist, gilt aber ebensosehr von Zurücksetzungen (s. g. privil. odiosa).

denheit der Gestaltung der Lebensverhältnisse und in der subjectiven Reizbarkeit und Empfindlichkeit des Rechtsgefühls. Es hat vielleicht nie ein Volk gegeben, bei dem letzteres einen so hohen Grad erreicht hätte als bei den alten Römern; im Privatrecht gilt prinzipiell die vollständigste Gleichheit, ohne Unterscheidung von Stadt und Land, von Reich und Arm, Hoch und Niedrig,[100]) die aufgestellte Regel schreckt vor keinem Verhältniß zurück (z. B. die Personalexecution geht gegen Verwandte mit derselben Härte wie gegen Fremde), Ausnahmen von einer Regel sind dem ältern Recht so gut wie unbekannt. In diesem Eindruck der Gleichheit, den das alte Recht und insbesondere das XII Tafeln-Gesetz hervorrief, vereinigen sich alle Urtheile, die uns aus römischem Munde zugekommen sind.[100a])

Der Gleichheitstrieb desselben äußert sich also — und dies ist das zweite Moment zu seiner Bestimmung — auch darin, daß dasselbe bei seiner Generalisiruug die äußerste Allgemeinheit und Weite erstrebt, sich möglichst wenig zum Particularisiren herabläßt. Während andere Rechte z. B. das germanische mehr das Moment der Particularität und Besonderheit in's Auge fassen, und darüber das der Gemeinsamkeit aus dem Auge verlieren, macht das ältere römische Recht es gerade umgekehrt.

Betrachten wir die römische Gleichheit nunmehr etwas näher im Einzelnen und zwar zuerst in politischer, sodann in privatrecht-

---

100) Das geistliche Recht postulirte für die virgo vestalis und den flamen dialis eine Modification des Privatrechts, nämlich Austritt aus der väterlichen Gewalt ohne capitis deminutio — die Gottheit duldete an ihrem Diener keinen Makel, ebensowenig über demselben eine fremde Gewalt, darum Befreiung der Vestalin von der Frauentutel (ausdrücklich in den XII Tafeln vorgesehen Gaj. I. 145), Ausschluß des Intestaterbrechts bei derselben, activ wie passiv, Gell. I. 12, 18, dafür aber das Recht der Testamentserrichtung, Gell. I. 12, 9 und VI. 7. Die Privilegien nicht privatrechtlicher Art übergehe ich. In Hinblick auf diese Stellung jener Personen sagt Serv. ad Aen. XI. 206 von ihnen: legibus non tenentur.

100a) Ich verweise auf die bereits angeführten Stellen von Cicero, Livius, Tacitus (das Motto über diesem Paragraphen und Note 90).

licher Beziehung. In beiderlei Rücksicht war die Geschichte des Kampfes der Patricier und Plebejer höchst bedeutungsvoll, und wie es fast keine Seite der ältern Rechtsgeschichte gibt, auf der dieser Kampf nicht seine Spuren zurückgelassen hätte, so glaube ich auch bei der vorliegenden Frage eine solche Spur entdeckt zu haben. Der Druck, mit dem das patricische Uebergewicht so lange auf den Plebejern gelastet, hatte nothwendigerweise einen eben so starken Gegendruck hervorrufen, die bitter empfundene Ungleichheit das Gleichheitsgefühl nur um so höher anspannen müssen, höher jedenfalls, als es ohne dieses Reizmittel der Fall gewesen sein würde.

Eine solche Spannung kann so weit getrieben werden, daß die Saite reißt, daß das an sich berechtigte Streben in einen wilden Gleichheitsschwindel und eine fanatische Nivellirungssucht ausartet. So zur Zeit der französischen Revolution. Anders in Rom. Was die Plebs wollte und erreichte, war rechtliche Gleichstellung mit den Patriciern, Aufhebung der Standes-Privilegien; fremd aber war dem Römer die Vorstellung, als dürfte es im Staat keine Höhen und Tiefen geben, keine Gliederung der Gewalt, keine Uebetordnung und Unterordnung. Unendlich hoch ragte nach wie vor der Zulassung der Plebejer zu der Magistratur der Inhaber einer solchen über den einfachen Bürger hervor, sowohl hinsichtlich seiner Macht, um die ihn mancher constitutionelle Fürst hätte beneiden können, als hinsichtlich der Achtung und Ehre, die er genoß. Dasselbe Volk, das so eben aus seiner Mitte einen Magistrat gewählt hatte, huldigte ihm gleich darauf als Beamten mit aller Ehrerbietung und Unterwürfigkeit, und die eines auf dem Thron geborenen Herrschers würdige königliche Hoheit und Würde, die manche Beamten in ihr Benehmen gegen das Volk zu legen wußten, setzt von der andern Seite das Verhältniß, in dem sie selber zum Volk zu stehen glaubten, in ein nicht minder helles Licht.

Einen anderweitigen sprechenden Beleg für die gesunde Beschaffenheit des politischen Gleichheitsgefühls der Römer gewährt

die Fortdauer der ſervianiſchen Verfaſſung während der gegenwärtigen Periode. Dieſelbe war bekanntlich eine Timokratie, und der Gedanke der Gleichheit kam in ihr in der Weiſe zur Verwirklichung, daß ein jeder in demſelben Maße politiſche Rechte auszuüben hatte, in dem er an den Laſten des Staats participirte — ein Grundſatz, der natürlich eine große Ungleichheit in den politiſchen Rechten zur Folge hatte. Allerdings beſtanden neben den auf dieſer Verfaſſung beruhenden Centuriatcomitien auch die auf das Prinzip der Kopfzahl gegründeten Tributcomitien, allein das Uebergewicht des politiſchen Einfluſſes, die eigentlich beſtimmende Kraft war doch lange auf Seite der erſteren, denn außer der geſetzgebenden Gewalt, die beiden gemeinſchaftlich war, und dem Uebergewicht in der Criminaljurisdiction beſaßen die Centuriatcomitien ausſchließlich das Recht, die curuliſchen Magiſtrate zu wählen, über Krieg und Frieden zu entſcheiden.

Andererſeits bewährte ſich die von den Plebejern errungene politiſche Gleichheit in glänzender Weiſe daran, daß ſeit Gleichſtellung der Stände auch dem geringſten Plebejer rechtlich kein Hinderniß mehr im Wege ſtand, die höchſten Stufen der Staatsverwaltung zu erklimmen und ſich und ſein Geſchlecht durch eigenes Verdienſt zu nobilitiren. Der Zuwachs ſeines Vermögens, den er durch Sparſamkeit und Betriebſamkeit herbeigeführt hatte, brachte ihn aus einer niedern in eine höhere Cenſusklaſſe, mit dem Vermögen mehrte ſich ſein politiſcher Einfluß, durch Auszeichnung im Felde oder daheim konnte er die Augen des Volkes auf ſich ziehen und durch deſſen Gunſt zu den höchſten Ehrenſtellen emporgehoben werden. Auch in Rom wie überall beſtimmte nicht perſönliche Tüchtigkeit allein die Erfolge des Ehrgeizes; auch hier übte die Vergangenheit d. h. das Geſchlecht, ſociale Stellung, Reichthum, Verbindungen u. ſ. w., kurz Vorzüge, die Jemanden ſchon durch die Geburt zufallen können, factiſch einen ungeheuren Einfluß aus und erſchwerten demjenigen, dem ſie abgingen, die Concurrenz im hohen Grade. Aber *rechtlich* war ihm dieſe Concurrenz möglich; jenes Uebergewicht ließ ſich durch Glück, Energie,

Tüchtigkeit paralysiren und ward anstatt ein Hemmniß der wahren Kraft nur ein Sporn zur gesteigerten Anspannung derselben.[100b])

Wie hier den Niedern kein rechtliches Hinderniß in seinem Laufe hemmte, so hielt umgekehrt auch kein Rechtssatz, keine Einrichtung den Hochgestellten künstlich auf seiner Höhe; sich auf derselben zu behaupten, war lediglich seine eigene Sorge. Institute wie z. B. die Familienfideicommisse, Lehen u. s. w., wodurch die neuere Rechtsbildung das Herabfallen von der Höhe zu verhindern gewußt hat, gab es in Rom nicht, so wenig wie Schranken, die den Zugang zu derselben verwehren sollten; in Rom konnte jeder durch eigene That ungehindert den Adel erwerben wie verlieren.

Wir gehen über zu dem Privatrecht. Nirgends ist wohl die Kluft zwischen der altrömischen und der germanischen Rechtsanschauung weiter und tiefer als hier. Unsere germanische Rechtsanschauung hatte von jeher für die höchste Mannigfaltigkeit privatrechtlicher Verschiedenheiten Raum; jeder Stand, jeder Beruf, jedes Lebensverhältniß — der localen Rechtsverschiedenheiten ganz zu geschweigen — trieb seine eigenthümlichen Institutionen und Rechtssätze hervor, und dieser particuläre Bildungstrieb wucherte so üppig, daß das Gemeinsame darüber vielfach völlig verloren ging. Welche Fülle von rechtlichen Institutionen knüpft sich im germanischen Recht z. B. an die Unterschiede des Bürgers, Bauers, Kaufmanns, Adligen! Von alle dem im ältern römischen Recht keine Spur! Ein Recht gilt für alle Stände und Berufsarten, für Stadt und Land. Allerdings gibt es auch hier rechtliche Verschiedenheiten, aber dieselben schließen sich fast sämmtlich an die natürlichen Unterschiede des Geschlechts, Alters, der Familie, der Beweglichkeit und Unbeweglichkeit der Sachen u. s. w.

100b) Liv. 39, 40 omnes patricios plebejosque nobilissimarum familiarum M. Porcius longe anteibat. In hoc viro tanta vis animi ingeniique fuit, ut quocunque loco natus esset, fortunam sibi ipse facturus fuisse videretur. Auf welchen Widerstand freilich ein homo novus stieß, darüber s. z. B. Liv. 9, 46; 37, 57.

BIBLIOTHECA BODLEIANA

an. Jene Unterſchiede hingegen, die ſich im germaniſchen Recht als ſo außerordentlich ergiebig bewährt haben, die des Berufs, der Lebensſtellung u. ſ. w. ſind hier ſo gut wie wirkungslos geblieben.[101])

Was iſt der Grund? Hat man ſich die Sache ſo vorzuſtellen, das deutſche Recht habe dem Particulariſirungstriebe des Lebens die gebührende Anerkennung gewährt, das römiſche ſie ihm verſagt? Nichts wäre meiner Anſicht nach verkehrter. Nicht weniger als in Deutſchland konnte ſich auch in Rom jedes particuläre Rechtsbedürfniß befriedigen, d. h. jeder Stand und jede Berufsart konnte ſich auch hier ſeine Rechtsſphäre ganz ſeinem Bedürfniß gemäß geſtalten, ſich völlig frei bewegen; es war dies eine Folge des Prinzips der Autonomie, das in Rom im weiteſten Umfange zugelaſſen war. Erheiſchte z. B. in Rom wie in Deutſchland das Familienintereſſe des Adels für das Erbrecht eine Bevorzugung der Söhne vor den Töchtern, des Erſtgebornen vor dem Nachgebornen, ſo ließ ſich dies in jeder Generation durch das Teſtament des jeweiligen Familienoberhauptes bewerkſtelligen; bedurfte es für den Handelsverkehr nach Art unſeres Wechſelrechts eines beſonders ſtrengen obligatoriſchen Bandes, ſo konnten die Contrahenten durch die Geſtaltung der Verträge dies

101) Der einzigen Ausnahme, welche davon die prieſterlichen Perſonen bildeten, iſt in Note 100 gedacht. Der in ſpäterer Zeit ſo reich mit Privilegien ausgeſtattete Soldatenſtand exiſtirte in dieſer Zeit als ſolcher noch nicht, jeder Bürger war Soldat, und das Recht fand keine Veranlaſſung, ihn, wenn er unter Waffen ſtand, günſtiger zu behandeln, als wenn er ſie niedergelegt hatte. Das Testamentum in procinctu war kein Privilegium, ſondern ein Teſtament vor dem (im Felde ſtehenden) Volk; das im dienſtlichen Intereſſe gewährte Vorrecht der pignoris capio für das aes militare, equestre, hordiarium wiederholte ſich auch für andere Zwecke. Die Eigenthümlichkeiten des römiſchen Handelsrechts (das agere cum compensatione des argentarius Gaj. IV. §. 64, die gegen ihn ſtattfindende act. receptitia, Theophilus IV. 6. §. 8, die actio gegen den socius des argentarius, Auct. ad Heren. II. c. 13, das eigenthümliche Recht der Publicanengeſellſchaften, l. 59 pr. l. 63 §. 8 pro socio 17. 2, die actio exercitoria und institoria) gehören größtentheils wohl erſt der ſpätern Zeit an.

Bedürfniß selber befriedigen; glaubten Corporationen eigenthümliche Normen nöthig zu haben, so stand es ihnen frei, dieselben durch Statut festzusetzen.[102]) Glaubten Ehegatten oder sonstige nahe Verwandte, daß die Gütergemeinschaft das der Innigkeit ihrer Verbindung entsprechende vermögensrechtliche Verhältniß sei, so stand ihnen nichts im Wege, ihren Wunsch in Form der societas omnium bonorum zu erfüllen.[102a]) Es läßt sich also annehmen, daß im ältern Rom nicht weniger wie in Deutschland die nach Rang, Stand, Beruf u. s. w. verschiedenen Interessen sich ihre entsprechende rechtliche Befriedigung verschafften, so daß das in Thesi für Alle gleiche Recht doch im Verkehr nach Maßgabe jener Verschiedenheiten eine verschiedene typische Gestaltung erhielt. Darin aber gehen nun die ältere römische und germanische Rechtsbildung weit auseinander, daß dort diese Productivität der Autonomie sich nur auf die Begründung der erforderlichen concreten Rechtsverhältnisse beschränkte und trotz der Gleichmäßigkeit ihrer Wiederholung keine abstracten Rechtssätze abwarf, stets im Zustande der Flüssigkeit verblieb, hier hingegen, begünstigt durch die mangelnde Schärfe der Unterscheidung zwischen Recht und Sitte, sich rasch als Recht dieses Standes, Kreises u. s. w. fixirte. Die Römer erfaßten den Unterschied zwischen Recht und Sitte und Recht im objectiven und subjectiven Sinn zu scharf, als daß bei ihnen derselbe Hergang möglich gewesen wäre. Bei ihnen hätte es in älterer Zeit[103]) zu dem Zweck, um die rechtliche Sitte und Gewohnheit eines Standes u. s. w. zum Recht desselben zu

---

102) Note 54.

102a) Lebenslängliche Gütergemeinschaft zwischen Ehegatten l. 16 §. 3 de alim. (34. 1), zwischen Mutter und Tochter l. 78 pr. § 8 ad Sc. Trebell. (36. 1.), zwischen Brüdern l. 3. l. 31 §. 4 de excus. (27. 1). Val. Max. 4, 4 §. 8. Philargyrius ad Virg. Bucol. 3, 90 . . . omnia communia, unanimi fratres sicut habere solent.

103) Im dritten Rechtssystem ist dies anders geworden, und von manchen Rechtssätzen läßt es sich dort nachweisen, daß sie nur die Ablagerung einer constanten autonomischen Gestaltung concreter Rechtsverhältnisse enthalten, s. vorläufig §. 36 Note 470.

erheben, eines Gesetzes bedurft, die Anwendung dieses Mittels aber widerstritt dem Gleichheitstriebe des ältern Rechts, überhaupt dem Geist desselben. Mochte jedes corporative oder particuläre Interesse durch eigene Thätigkeit sich die ihm nöthige Gestaltung selbst verschaffen; was sollte die Gesetzgebung sich hineinmischen?

Die rechtlichen Verschiedenheiten der Personen, die das ältere Recht wirklich darbietet, und die sich, wie bereits erwähnt, vorzugsweise an natürliche Unterschiede anknüpfen, sind weder der Zahl, noch ihrem intensiven Gehalt nach bedeutend; das Prinzip der abstracten Gleichheit scheint auch ihnen eine freie und breite Entwickelung verwehrt zu haben.

Der Gegensatz der Freien und Sklaven scheidet zunächst von der Betrachtung aus, denn der Sklave ist rechtlich keine Person, es kann also nur bei den Freien von Unterschieden der Person die Rede sein.[104] Den bei weitem bedeutendsten Unterschied begründet der Umstand, ob die Person einer fremden Gewalt unterworfen ist oder nicht (alieni oder sui juris). Die hausherrliche Gewalt hatte im ältesten Recht hinsichtlich aller ihr unterworfenen Personen: Ehefrau, Kinder, Sklaven denselben Inhalt. Der Uebermacht der hausherrlichen Gewalt gegenüber hatte die natürlich-sittliche Ungleichheit in der Stellung dieser Personen *rechtlich* nicht zur Anerkennung gelangen können; die Entfaltung ihres verschiedenen sittlichen Charakters war Sache des Lebens und der Sitte.

Für Kinder in der väterlichen Gewalt begründete das *Geschlecht* nach älterm Recht keinen nachweisbaren Unterschied. Söhne und Töchter erbten zu gleichen Theilen; auch was Enterbung und Präterition anbetrifft, standen sie ursprünglich sich gleich.[105] Der Einfluß des Geschlechts auf die Adoption und

104) In servorum conditione nulla est differentia §. 5 I. de jure pers. (1. 3) l. 5 pr. de statu hom. (1. 5).

105) S. Schrader zu Instit. de exh. lib. (2. 13), nämlich 1. Enterbung; l. 4 Cod. de lib. praet. (6. 28) scimus *antea* omnes inter ceteros exheredatos scribere esse concessum. 2. Präterition; die Wir-

Emancipation ſtützte ſich nicht ſowohl auf die XII Tafeln ſelbſt als auf eine den zufälligen Ausdruck[106]) urgirende Interpretation derſelben. Bei der Verheirathung der Kinder äußerte ſich inſofern eine Verſchiedenheit, als die Tochter in Form der Dos einen Theil des väterlichen Vermögens erhielt, der Sohn nicht. In Wirklichkeit aber bethätigte ſich daran nur die Gleichheit der Behandlung, denn die Ehe war für die Tochter nach älterm Recht mit dem Eintritt in die Gewalt des Mannes, alſo mit dem Austritt aus der des Vaters, damit aber zugleich mit dem Verluſt ihres Erbrechts verbunden, während der Sohn in der Gewalt verblieb und ſein Erbrecht beibehielt; für jenen Verluſt ſollte die Dos die Tochter ſchadlos halten, dieſelbe war nichts als der ihr im voraus ausgezahlte Erbtheil. Auch daran bewährte ſich wieder die Gleichheit beider Geſchlechter, daß der Vater die Kinder, ganz wie er wollte, in der Gewalt zurückbehalten oder aus derſelben entlaſſen konnte.

Einflußreicher war die Verſchiedenheit des Geſchlechts für gewaltfreie Perſonen. Während das männliche Geſchlecht mit erreichter Mündigkeit von der Tutel frei ward, blieb das Weib mit Ausnahme der Veſtalin (Note 100) lebenslänglich unter der Vormundſchaft, möglicherweiſe ihrer eigenen Söhne, konnte ſelber nicht Vormünderin werden, hatte keine potestas über ihre Kinder und war unfähig zum Solennitätszeugniß.

Für das öffentliche Recht verſteht ſich der Einfluß des Geſchlechts von ſelbſt. Je inniger aber urſprünglich das Privatrecht mit dem öffentlichen verwachſen war, um ſo weiter mußte ſich auch die privatrechtliche Unfähigkeit der Weiber erſtrecken, namentlich alſo hinſichtlich aller Geſchäfte, die früher vor der Volksver-

---

kung derſelben war noch zu Cicero's Zeit keineswegs ausgemacht. Cic. de orat. I. 38.

106) »Filius«; Ulpian. X. 1. . . . id enim lex XII tab. jubet his verbis: si pater filium ter venunduit, filius a patre liber esto. Weil das Geſetz nur des filius Erwähnung that, ſo begnügte man ſich bei Töchtern und Enkeln mit einem einmaligen Verkauf. Das Weitere in §. 44.

sammlung vorgenommen wurden.[108]) Je mehr das Privatrecht die politischen Beziehungen ausschied — und das war im wesentlichen bereits mit dem Beginn dieser Periode geschehen — desto mehr nahm damit auch die Fähigkeit der Frauenzimmer zu, und während der Blüthezeit des gegenwärtigen Systems gab es außer der Arrogation und theilweise dem Testament[109]) schwerlich ein Geschäft, welches dieselben unter Assistenz ihrer Tutoren nicht hätten vornehmen können.

Der Einfluß des Alters war im ältern Recht, dem die cura minorum fremd war, verhältnißmäßig unbedeutend, er erschöpfte sich in der tutela impuberum, einem Institut, das nur höchst unvollkommen der natürlichen Schutzbedürftigkeit des Mündels Genüge leistete. Abgesehn von diesem Schutzmittel galten für den Pupillen ganz die allgemeinen Grundsätze des Civilrechts, namentlich also — was für dieses Verhältniß gerade besonders drückend war — die Grundsätze über die Unzulässigkeit der Stellvertretung. Der Pupill mußte selbst handeln, der Tutor ertheilte

---

108) Gellius V. 19 . . . neque mulier arrogari potest, quoniam et cum feminis nulla comitiorum communio est.

109) Der Fähigkeit der Frauenzimmer zu testiren stand bei dem test. comit. cal. die Form entgegen, mit dem testam. per aes et libr. fiel das Hinderniß hinweg, denn der mancipatio waren sie fähig. Man behielt aber den alten Rechtssatz bei, der jetzt also nur noch durch materielle Gründe getragen sein konnte, und diese wird man wohl nur in der Tendenz finden können, das Vermögen der Familie zu erhalten. Durch Austritt aus der Familie, der das Frauenzimmer durch Geburt angehörte, wie er bei der Ehe mit manus erfolgte, hörte jene Rücksicht auf; umgekehrt konnte jetzt, wenn die Frau durch Tod ihres Mannes sui juris geworden war, das Testament dazu dienen, ihr Vermögen in ihre ursprüngliche Familie zurückzubringen, während dasselbe nach Intestaterbrecht an die angeheiratheten Agnaten und Gentilen gefallen wäre. Das Testament konnte hier also in der That der Familie jenen Dienst erweisen, in dem wir früher (§. 14) das ursprüngliche Motiv des römischen Testaments gesucht haben. So erklärt sich der Rechtssatz, den Cic. Topica c. 4 und Gaj. I. §. 115 a berichten, daß nur ein Frauenzimmer, das eine capitis deminutio erlitten (Cic.) oder eine coemptio eingegangen (Gaj.) testam. fact. habe. Wie man in späterer Zeit die materielle Ausdehnung der test. factio auf alle Frauenzimmer vermittelte, darüber III. 270.

nur die auctoritas; war jener dazu noch nicht fähig, so mußte die Handlung unterbleiben, eine Stellvertretung durch den Vormund war ausgeschlossen.[110]) Selbst durch das besonders dringende Bedürfniß dieses Verhältnisses ließ sich also das ältere Recht nicht zu einer Ausnahme bestimmen. Ein Vorzug des Alters im Erbrecht, ein Recht der Erstgeburt ist dem römischen Recht jeder Zeit fremd geblieben.

Die Verschiedenheit der Sachen hat natürlich auch im ältern römischen Recht nicht ohne rechtlichen Einfluß bleiben können, allein derselbe ist hier doch mit demjenigen, den er anderwärts z. B. im ältern deutschen oder englischen[111]) Recht ausübt, gar nicht zu vergleichen. Von denjenigen rechtlichen Verschiedenheiten, die eine nothwendige Folge der natürlichen Verschiedenheit des Gegenstandes sind, z. B. daß Prädialservituten nur an unbeweglichen Sachen, Noxalklagen nur bei Thieren und Menschen möglich sind, ein Darlehn lediglich an Fungibilien, ein Nießbrauch nicht an Consumtibilien denkbar ist, kann natürlich nicht die Rede sein. Dagegen hat sich allerdings die wirthschaftlich verschiedene Bestimmung eines praedium urbanum und rusticum in rechtlicher Beziehung fruchtbar erwiesen, in der

110) Die entgegengesetzte Ansicht hat weder Quellenzeugnisse noch den Geist des ältern Rechts für sich, und man kann daher mit v. Scheurl Beiträge, B. 2 S. 11, allerdings seine „Bewunderung" darüber äußern, daß eine Autorität wie Keller sich noch neuerdings in seinem Civilprozeß S. 233 Anm. 641 dafür erklären konnte. Ueber die Möglichkeit der Vertretung des Pupillen durch den Tutor, insbesondere der prozessualischen gehen die Ansichten auseinander. Die obige vertheidigt v. Scheurl Beiträge II. 11, die entgegengesetzte Keller Civilprozeß §. 54, lediglich wegen der Stellvertretung pro tutela (pr. I. de iis per quos 4. 10, Theoph. ib.) unter der man trotz Theophilus schwerlich etwas anders zu verstehen haben wird als die im Interesse des Pupillen angestellte postulatio suspecti tutoris. Daß Prozesse eines Unmündigen vertagt werden, ist doch nichts so Verwunderliches, man erinnere sich nur der B. P. ex edicto Carboniano.

111) „in dem sich mehr als in irgend einem andern Recht das Immobiliarrecht zu einem System für sich abgeschlossen hat." Gundermann Engl. Privatrecht I. 140. Einleitung XVI, XVII.

dritten Periode freilich noch mehr als in der gegenwärtigen, für die sich dies mit Sicherheit nur hinsichtlich der Prädialservituten und der actio aquae pluviae arcendae nachweisen läßt. Ebenso der Gegensatz der res mancipi und res nec mancipi, jenes historische Räthsel, von dem schon früher (§. 10) die Rede war. Ferner der Unterschied der Sachen, an denen das jus postliminii zusteht oder fehlt — der einzige Ort im römischen Recht, wo das Heergeräthe[112]) eine, wenn auch bescheidenere Rolle als im deutschen Recht spielt. Der Unterschied der beweglichen und unbeweglichen Sachen hat aber im ältern römischen Recht bei weitem nicht den Einfluß ausgeübt, den man von vornherein erwarten könnte. Wenn sich gleich einzelnes findet wie z. B. die Verschiedenheit der Usucapionszeit (1 und 2 Jahr), so verschwindet dies doch gegenüber der sonstigen Einflußlosigkeit jenes Unterschiedes. Der Besitz,[113]) das Eigenthum, Pfandrecht, Erbrecht, die obligatio sind gegen denselben im wesentlichen völlig indifferent, sowohl hinsichtlich der Formen, durch die sie begründet und geltend gemacht werden, als hinsichtlich ihrer materiellen Wirksamkeit. Um dies zu würdigen, erinnere man sich der höchst einflußreichen Rolle, die das Grundeigenthum im ältern deutschen Recht spielt, und die so weit geht, daß man von einem verschiedenen Sachenrecht an Immobilien wie Mobilien sprechen kann;[114]) ja selbst ein Vergleich des spätern römischen Rechts ist hier nicht ohne Nutzen.[115]) Es bewährt sich an diesem Beispiel wieder so

112) Hase das Jus postliminii S. 47.

113) Ob die possessorischen Interdicte, hinsichtlich deren jener Unterschied allerdings wichtig wird, bereits dem ältern Recht angehören, ist mir mehr als fraglich; es ist hier nicht der Ort darauf einzugehn, wir werden bei einer andern Gelegenheit auf diese Frage zurückkommen.

114) S. z. B. Gerber deutsches Privatrecht §. 74. Das römische Eigenthum dagegen, die Usucapio, das Pfandrecht u. s. w. ist ganz derselbe Begriff für bewegliche wie unbewegliche Sachen. Am significantesten möchte es sein, daß sich das Erbrecht so gänzlich dem Einfluß dieses Unterschiedes verschlossen hat.

115) S. das dritte System. Einzelnes will ich hervorheben. 1. Heimliche Apprehension verschaffte früher den Besitz sowohl bei beweglichen wie

recht das Weſen der römiſchen Abſtraction. Durch die natürlichen Unterſchiede der Sachen hindurch bringt ſie zu dem Begriff der Sache vor und operirt nur mit ihm, indem ſie den Einfluß des natürlichen Moments völlig zurückweiſt; es accommodirt ſich nicht der Begriff (des Eigenthums, Erbrechts, u. ſ. w.) der Sache, ſondern die Sache dem Begriff. Eine Zerſplitterung des Grundbegriffes, wie im germaniſchen Recht, wo die Begriffe ſich willig auflöſten und ſpalteten, um an die natürlichen Unterſchiede der Perſonen und Sachen als die eigentlichen Kerne des rechtlichen Kryſtalliſationsprozeſſes ſich anzuſchließen, eine ſolche Zerſplitterung widerſtrebte der Natur des römiſchen Rechts.

Dieſe prinzipielle Irrelevanz und völlige Unterordnung der natürlichen Verſchiedenheiten der Sachen gegenüber dem Rechtsbegriff fällt ſo ſehr in's Gewicht, daß die oben genannten Fälle, wo dieſen Verſchiedenheiten unbeſchadet des Rechtsbegriffs irgend eine rechtliche Auszeichnung zu Theil geworden iſt, gar nicht daneben in Betracht kommen können, und ſo dürfen wir ſagen, daß die Tendenz der Gleichheit und Generaliſirung ſich an den Sachen nicht minder bewährte als an den Perſonen.

Wir haben dieſe Idee jetzt noch nach einer ſehr wichtigen Seite hin zu verfolgen, nämlich nach Seiten des Einfluſſes, den ſie auf die Stellung des Richters (worunter ich hier auch den Prätor verſtehe) ausgeübt hat. Es iſt oben (S. 78) die ältere Civilrechtspflege als eine Rechtsmaſchine bezeichnet, beſtimmt, mit möglichſter objectiver Berechenbarkeit, Gleichmäßigkeit und

---

bei unbeweglichen Sachen, ſpäter nur bei erſtern. L. 7, 47 de poss. (41. 2) von Savigny Recht des Beſitzes §. 31. 2. Auch an unbeweglichen Sachen war früher ein furtum möglich (Gaj. II. §. 51. Gellius XI. 18 §. 13 nach einer Notiz aus Sabinus de furtis: sed fundi quoque et aedium fieri furtum), nach ſpäterm Recht nicht. 3. Veräußerungsverbote: fundus dotalis, praedia rustica und suburbana bevormundeter Perſonen. 4. Requiſit der Präſenz der Sache bei der Mancipation, hinſichtlich der unbeweglichen ſpäterhin aufgegeben (Gajus I. §. 121 ... praedia vero absentia solent mancipari). Das nähere darüber bei der Theorie der Rechtsgeſchäfte.

Sicherheit den Umsatz der abstracten Regel in concretes Recht herbeizuführen. Man könnte den alten Prozeß die dialektische Selbstbewegung des Gesetzes nennen, eine legis actio in diesem (subjectiv-genitivischen) Sinn. Darin liegt nun nicht bloß eine möglichste Einengung des Richters in prozessualischer Beziehung (modus procedendi), sondern eben sowohl in materieller Beziehung, also eine Gestaltung des Rechts, die den Einfluß des subjectiven Elements möglichst ausschließt. Nicht also bloß die gesetzliche Formulirung der Rechtssätze — hiervon war schon bei Gelegenheit des Selbständigkeitstriebes die Rede — sondern ein solcher innerer Zuschnitt derselben, der sie einer rein mechanischen, schablonenartigen Anwendung fähig macht, es dem Richter ebensowohl erspart als verwehrt, das rein Individuelle des ihm vorgelegten Falles in Berücksichtigung zu ziehen.

Dieser Gesichtspunkt hat in der That die Gestaltung des ältern Rechts bestimmt. Abgesehn von der Beweisfrage, hinsichtlich deren der Richter zu jeder Zeit in Rom durch Regeln verhältnißmäßig sehr wenig beschränkt war, waren ihm in allen andern Beziehungen die Hände gebunden. Rücksichtlich des Prozesses werden wir an spätern Stellen Gelegenheit haben uns davon zu überzeugen, für das materielle Recht will ich einige Beispiele herausgreifen, die ganz besonders geeignet sind, diese Behauptung zu beweisen und den großen Unterschied zu veranschaulichen, der in dieser Hinsicht zwischen dem ältern und neuern Recht obwaltet.

Ich verweise zunächst auf die rechtliche Behandlungsweise der Zeit. Die Fristen des ältern Rechts wurden continue berechnet d. h. für alle Personen und Verhältnisse abstract gleich, so daß auf die Verhinderung des Berechtigten keine Rücksicht genommen ward, und selbst die Unmöglichkeit der Beachtung der Frist nicht gegen die nachtheiligen Folgen der Versäumniß schützte. Bei denjenigen Fristen hingegen, die in späterer Zeit der Prätor für seine Institute einführte, trat die entgegengesetzte Behandlung ein, sie wurden utiliter d. h. ganz individuell berechnet, die Zeit also, in der ein Hinderniß für die Vornahme

einer Handlung bestand, nicht in Anschlag gebracht.[115a]) Der Umschwung in der Ansicht, der sich in diesem Gegensatz verkörpert hat, wirkte auch auf die Behandlung der altcivilen Fristen wohlthätig zurück. Theils nämlich half der Prätor hinsichtlich ihrer im Falle entschuldbarer Versäumniß, z. B. wegen nothwendiger Abwesenheit durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, theils hielt der Prätor im Geiste der neuern Rechtsbildung sich für ermächtigt, die alten Fristen von vornherein je nach Umständen zu erweitern oder zu verengern.[116])

Ein anderes und zwar viel umfassenderes Gebiet, auf dem sich meiner Ansicht nach die Differenz des ältern und neuern Rechts in hohem Maße bethätigt hat, ist das System des Schadensersatzes und Interesses (der richterlichen litis aestimatio). Der Gegensatz der abstracten Gleichheitstendenz und der individualisirenden Behandlungsweise äußert sich auf diesem Gebiete als der der objectiven oder absoluten und der subjectiven oder relativen Aestimation (Interesse). Das heißt, eine schuldige Leistung oder ein Schaden läßt sich entweder rein nach dem objectiven Geldwerth des geschuldeten, beschädigten, vernichteten[117]) Objects taxiren, so daß also die rein individuellen Momente dieses bestimmten Forderungsverhältnisses gar nicht mit in Rechnung kommen, oder umgekehrt letztere bilden den Maßstab

115a) Bei den prätorischen Klagen der restitutio in integrum und der Bon. possessio. Im Leben fand sie sich gewiß schon vorher, nämlich in der cretio vulgaris (Ulp. 22, 31, 32), später ging sie auch in die Gesetze über, s. z. B. die Tab. Salpensana c. 27 triduo proxumo, quam appellatio facta erit poteritque intercedi.

116) z. B. hinsichtlich der Execution. Recht der XII Tafeln: Gellius N. A. 20, c. 1 (30 und 60 Tage), neueres Recht: Ulpian in l. 2 de re jud. (42. 1): qui pro Tribunali cognoscit, non semper tempus judicati servat, sed nonnumquam arctat nonnumquam prorogat pro causae qualitate et quantitate vel personarum obsequio vel contumacia.

117) Bei Beschädigungen der objective Betrag derselben d. h. die Differenz im Preise der Sache vor und nach der That. Bei der act. quanti minoris tritt eine ähnliche Differenzberechnung ein.

der Beurtheilung, ſo daß alſo der relative Werth einer Leiſtung von dieſem Beklagten an jenen Kläger, die nachtheilige Einwirkung der unterbliebenen Leiſtung oder des begangenen Delicts auf dieſes beſtimmte Vermögen ermittelt werden muß. Die objective Aeſtimation gelangt ſtets zu demſelben Reſultat, möge der Gläubiger dieſer oder jener ſein; ſie beſchränkt ſich ja lediglich auf den zunächſt getroffenen Punkt: die Sache; die Rückwirkung dieſes Punktes auf das ganze Vermögen — gerade der Umſtand, der eine Verſchiedenheit des Schadens in den einzelnen Fällen begründen könnte — iſt für ſie völlig gleichgültig. Die relative Aeſtimation hingegen verfolgt die Schwingungen der in Frage ſtehenden Thatſache innerhalb dieſes beſtimmten Vermögens, und je nach den beſondern Vorausſetzungen reichen dieſe oft weiter, oft weniger weit.

Dieſer Gegenſatz, der in der Natur der Sache begründet iſt, iſt auch im römiſchen Recht anerkannt; gewiſſe Verhältniſſe gehen auf ein „certum“ (ein ganz bezeichnender Ausdruck für objective Aeſtimation), gewiſſe auf ein incertum (relative Aeſtimation). Meiner feſten Ueberzeugung nach gehört dieſer Gegenſatz aber noch nicht dem ältern Recht an, ſondern letzteres hat lediglich die objective Aeſtimation gekannt, und die relative iſt erſt mit dem dritten Syſtem aufgekommen.[118]) Da dieſe Behauptung auf großen Widerſpruch ſtoßen dürfte, und ſie mir doch für die Charakteriſtik des ältern Rechts von erheblicher Wichtigkeit iſt, ſo bin ich gezwungen, ſie ausführlich zu rechtfertigen. Der Verſuch der Rechtfertigung wird uns, wie man auch über das Reſultat deſſelben denken möge, jedenfalls an charakteriſtiſchen Erſcheinungen

118) Ganz ſo im deutſchen Recht. Stobbe zur Geſchichte des deutſchen Vertragsrechts S. 32: „Auch nach älterm deutſchen Recht kann man nur den urſprünglichen Gegenſtand des Vertrages oder ſeinen abſoluten Werth einklagen; Intereſſen und Verzugszinſen ſind dem deutſchen Recht im allgemeinen fremd.“ Wer ſie wollte, mußte ſie ſich durch acceſſoriſchen Vertrag ausbedingen (S. 37 daſelbſt), ſpäterhin wurde derſelbe als ſich von ſelbſt verſtehend ſupponirt.

des ältern Rechts vorbeiführen und dürfte also auch im schlimmsten Fall nicht ohne Nutzen sein.

Es ist ersichtlich, wie sehr die absolute Aestimation der ganzen Tendenz des ältern Rechts, die relative der des neuern entspricht. Letztere, in das ältere Recht hineinversetzt, würde hier eine fremdartige, völlig isolirte Erscheinung sein, würde hier einen Boden vorfinden, auf dem sie nicht gedeihen könnte, eine Umgebung, mit der sie in Widerspruch stände. Ein römischer Richter der ältern Zeit, im übrigen so ganz und gar auf die schablonenmäßige Anwendung des Rechts hingewiesen, der Berücksichtigung des individuellen Moments in den Rechtsverhältnissen so völlig ungewohnt und unzugänglich, hätte sich hier in das krause Gewirr rein individueller Vermögensbeziehungen vertiefen, einen Maßstab anlegen sollen, der ihm sonst grundsätzlich untersagt war? Ich muß gestehen, ich kann dies mit meiner ganzen Auffassung des ältern Rechts nicht reimen. Wenn der Richter die Zeitfristen berechnet, so mißt er mit dem abstract-gleichen Maß, und es kümmert ihn das rein Individuelle nichts; wenn er aber das Aequivalent für die schuldige Leistung berechnet, sollte er jenen Maßstab aufgeben und das Aequivalent mit Rücksicht auf das Interesse dieses bestimmten Klägers ermitteln? Hinsichtlich des Gegensatzes zwischen dem tempus continuum und utile wissen wir, daß das eine Glied desselben der ältern, das andere der spätern Zeit angehört; sollte es mit dem völlig gleichen Gegensatz zwischen der objectiven und relativen Aestimation eine andere Bewandtniß haben?

Wie will man ihn denn sonst erklären? Und einer Erklärung bedarf er doch, denn eine solche zwiespältige Behandlungsweise, so verständlich sie wird, wenn man sie wie im deutschen Recht auf den Conflict der Rechtsanschauungen verschiedener Zeiten zurückführen kann, erscheint abgesehn davon höchst befremdend. Man wird sagen: die Verschiedenheit des Maßstabes hatte ihren Grund in der Verschiedenheit der Verhältnisse; nach Ansichten des Verkehrs sei bei gewissen Verhältnissen mit Rücksicht auf den Zweck und das Bedürfniß derselben der absolute Maßstab ausreichend

erſchienen, bei Verhältniſſen anderer Art, von anderem Zweck und Inhalt habe das Verkehrsbedürfniß den relativen Maßſtab erfordert. Ich glaube dieſen möglichen Erklärungsverſuch als völlig unhaltbar zurückweiſen zu können und zwar mittelſt einer Erſcheinung des ältern Rechts, die ich als das Syſtem der indirecten Befriedigung des Intereſſes bezeichne.

Mit dieſem Syſtem verhält es ſich folgendermaßen. Es gibt ein bekanntes, höchſt brauchbares Mittel zur Erledigung der Intereſſenfrage, welches darin beſteht, daß der Gläubiger ſich für den Fall der nicht rechtzeitig oder überall nicht erfolgenden Leiſtung eine beſtimmte Summe vom Schuldner verſprechen läßt. Es kann dieſe Vereinbarung mehr aus der Intention hervorgehen, den Schuldner durch die Ausſicht auf Strafe zur rechtzeitigen Erfüllung ſeiner Verbindlichkeit zu veranlaſſen (Conventionalpön), oder ſie kann mehr den Sinn haben, daß die vorherige Vereinbarung der Partheien über den Betrag des Intereſſes den Gläubiger des ſchwierigen Beweiſes dieſes Punktes überheben ſoll.[118a]) Der Zweck des Gläubigers beſteht hier zwar in Deckung ſeines Intereſſes (eines incertum), allein die juriſtiſche Form, in der er dies erreicht, iſt die des certum; die richterliche Beurtheilung braucht hier alſo den Boden der objectiven Aeſtimation gar nicht zu verlaſſen. Dieſen Weg ſchlug nun in Rom ſowohl der Verkehr als auch die Geſetzgebung ein. Was erſteren anbetrifft, ſo finden wir in ſpäterer Zeit das Mittel einer vorherigen vertragsmäßigen Veranſchlagung des Intereſſes in ausgedehnteſter Weiſe benutzt,[119]) ja ſelbſt im Prozeß wußte man

118a) Anerkennung dieſes Gegenſatzes von Seiten der römiſchen Juriſten l. 4 §. 7 de damn. inf. (39. 2) l. 7 §. 2 quod fals. (27. 6). F. Mommſen Zur Lehre vom Intereſſe S. 19.

119) Jede Seite der juſtinianeiſchen Pandekten gibt Beiſpiele, z. B. war die stipulatio duplae für den Fall der Schadhaftigkeit oder Eviction der Sache ſo allgemein, daß ſie, wenn unterlaſſen, fingirt ward l. 31 §. 20 de aed. ed. (21. 1) l. 37 §. 1 de evict. (21. 2). Auch für die objective Aeſtimation von Sachen ſtellte ſich der Verkehr im voraus ſicher durch Vereinbarung über den demnächſt zu Grunde zu legenden Taxwerth der Sache

daſſelbe mit Erfolg anzuwenden.[120]) Um ſo eher läßt ſich dieſelbe Sitte für die ältere Zeit annehmen, und es leuchtet ein, daß der Verkehr vermöge dieſes Mittels im Stande war, das Syſtem der objectiven Aeſtimation ohne ſonderliche Nachtheile zu ertragen. Nur da war allerdings dies Mittel nicht ausreichend, wo nach der Natur des Verhältniſſes eine vorherige Stipulation ſich nicht denken ließ z. B. bei Delicten, bei dem Anſpruch des Pupillen gegen den Vormund u. ſ. w., und hier bedurfte es der Beihülfe der Geſetzgebung. Ohne dieſelbe würde der natürliche Anſpruch des Betheiligten auf Leiſtung des Intereſſes bei der herrſchenden Enge der Aeſtimation nicht zu ſeiner Befriedigung gelangt ſein; der Betheiligte würde nur den objectiven Werth der Verletzung erhalten haben, nicht den Erſatz der nachtheiligen Wirkungen der Verletzung auf ſein Vermögen. Die Geſetzgebung leiſtete dieſe Beihülfe in der obigen Form, d. h. ſie gewährte ein vom Standpunkt der objectiven Aeſtimation aus zu beſtimmendes, in der Regel mehr als ausreichendes Surrogat für das Intereſſe. Gewiß ſind uns nicht alle Beiſpiele erhalten, aber ſchon die vorhandenen genügen, um uns die Ueberzeugung zu gewähren, daß wir es hier nicht mit einzelnen Beſtimmungen, ſondern mit einem conſequent durchgeführten Syſtem zu thun haben.

Seine höchſte Spitze[121]) erreicht dieſes Syſtem in der pecu-

---

z. B. bei der dos (ſ. g. aestimatio taxationis causa) und (wenn auch gewiß weniger häufig) bei der societas, dem commodatum, depositum u. ſ. w. l. 52 §. 3 pro socio (17. 2) l. 7 §. 5, l. 52 de don. i. V. et U. (24. 1.).

120) z. B. bei der fructus licitatio der interdicta retinendae possessionis (Bucht a Inſtit. Bd. 2 §. 169), bei den prätoriſchen Stipulationen, deren Faſſung auf beſtimmte Summen von den Juriſten ſehr anempfohlen ward, l. ult. de praet. stip. (46. 5): quoniam difficilis probatio est, quanti cujusque intersit.

121) Solche für alle Perſonen und Fälle ſich gleich bleibende Summen finden ſich auch anderwärts im ältern Recht z. B. bei der legis actio sacramento 50 und 500 ass., bei der lex Furia 1000 ass. Es braucht wohl kaum bemerkt zu werden, daß die ſcheinbare Gleichheit, die ſie herſtellten, in der That zur äußerſten Ungleichheit führen konnte. Für die Tendenz der abſtracten, mechaniſchen Gleichheit des ältern Rechts iſt nichts bezeichnender,

niären Tarifirung gewiſſer Delicte z. B. der Injurien,[122]) des Abhauens fremder Bäume.[123]) Dies Mittel war jedoch nur in den wenigſten Fällen anwendbar, die Regel bildete vielmehr, daß die Strafe in einem Mehrfachen des Werths der verletzten Sache[124]) oder in einem ſonſtigen objectiv beſtimmbaren Zuſatz[125]) zu demſelben beſtand.

Auf die Delicte war jedoch dies Syſtem keineswegs beſchränkt, es erſtreckte ſich vielmehr auf Verhältniſſe aller Art. Manche reipersecutoriſche Klagen gingen von vornherein auf das Doppelte[126]) ſo z. B. die actio rationibus distrahendis des Mün-

---

als daß der Reichſte ſowohl wie der Aermſte eine Injurie mit 25 ass. bezahlte und bezahlt erhielt, und daß die größte Verſchiedenheit in den Vermögensverhältniſſen in Bezug auf das durch die lex Furia limitirte Maximum der Legate einflußlos war.

122) Nach den XII Tafeln 25 ass.; bei ſchwerer Körperverletzung für Freie 300 ass., für Sklaven 150 ass.

123) 25 ass. nach demſelben Geſetz. Plinius H. N. 17 c. 1. — Auch das neuere Recht bedient ſich in manchen Fällen dieſes ganz zweckmäßigen Mittels der Tarifirung z. B. l. 42 de aed. ed. (21. 1) l. 1 pr. de his qui effud. (9. 3) l. 47 pr. de man. vind. (40. 4) l. 3 pr. de term. moto (47. 21) u. a.

124) Das Duplum, Triplum, Quadruplum, wie z. B. beziehungsweiſe bei der actio furti nec manifesti, furti concepti et oblati, furti manifesti, den Klagen gegen den Wucherer (Cato de re rustica, Prooem.), bei der dedicatio rei litigiosae l. 3 de litig. (44. 6) (Gajus lib. 6 ad leg. XII tabul.) u. ſ. w.

125) z. B. bei der act. legis Aquiliae, die urſprünglich nicht auf das Intereſſe, ſondern auf den objectiven Werth des letzten Jahres, beziehungsweiſe Monates ging, §. 10 I. ad leg. Aq. (4. 3) Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit etc., was ſich auch ohne dieſe Notiz aus andern Gründen deduciren ließe. Die Usurae rei judicatae nach Ablauf der viermonatlichen Friſt betrugen bis auf Juſtinian 24 p. C. l. 2 Cod. de usur. rei jud. (1. 54).

126) Das Doppelte des Sachwerths erſchien den Römern als vollſtändiges Aequivalent des Intereſſes in der ältern ſowohl wie in der neuern Zeit. Ich erinnere z. B. an die cautio duplae beim Kauf, die Beſtimmung der lex Julia de adult. in l. 27 pr. ad leg. Jul. (48. 5). Hiermit hängt auch das Verbot der usurae supra alterum tantum und Juſtinians bekannte

bels gegen den Vormund,[127]) die Klage gegen den Mancipanten der Sache, wegen fehlender dicta promissa und wegen Evictionsleiſtung,[128]) die actio de tigno juncto gegen den, der wiſſentlich fremdes Baumaterial verbaut hatte, und bei allen in rem actiones[129]) wurde der Beklagte auf doppelte Früchte verurtheilt. Andere Klagen erhielten erſt durch das Läugnen des Beklagten die Richtung auf das Doppelte.[130]) Eine beſondere Beachtung verdient die condictio certi auf baares Geld. Dem Gläubiger, dem es um rechtzeitige Zurückzahlung ſeines Kapitals zu thun war, verſagte hier das gewöhnliche Mittel einer Conventional-

---

Beſtimmung über das Duplum beim Intereſſe (l. un. Cod. de sententiis quae pro eo, 7. 47) zuſammen.

127) Sie war keine Pönal-, ſondern eine reipersecutoriſche Klage l. 55 §. 1 de admin. tut. (26. 7), v. Savigny Obligationenrecht B. 1 S. 207. Denſelben Charakter hatte die auf's Doppelte gerichtete Klage gegen die Publicanen wegen Erpreſſung unzuſtändiger Abgaben, l. 5, 6 de publicanis (39. 4). Mit der actio depositi, von der Paulus Sentent. Rec. II. 12 §. 11 berichtet, daß ſie nach den XII Tafeln auf's Doppelte gegangen ſei, hatte es eine beſondere Bewandtniß, ſ. mein Schuldmoment im röm. Privatrecht, Gießen 1867, S. 32.

128) Varro de re rust. c. 10. Paul Sent. Rec. II. 17 §. 3: si evincatur, auctoritatis venditor duplotenus obligatur. Cicero de offic. III. 16: Nam cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui esset infitiatus (nicht: wer dies in Abrede geſtellt hat, ſondern: wer dabei d. h. bei der Nuncupation die Unwahrheit geſprochen, eine falſche Verſicherung ertheilt hat) dupli poenam subiret. Daß dieſer Fall nicht zu den Litiscrescenzfällen gehört, hat Rudorff Zeitſchr. für geſch. Rechtsw. B. 14 S. 423—455 überzeugend dargethan.

129) So wie bei der act. ad exhibendum. S. Bachofen Pfandrecht B. 1 S. 214 Anm. 6. Auch bei der ältern pignoris capio ſcheint der Betrag, um den man das Pfand auszulöſen hatte, ein höherer geweſen zu ſein als der urſprüngliche Betrag der Schuld, wenigſtens ſcheint mir dies aus Gaj. IV, 32 zu folgen.

130) Es gehören dahin z. B. namentlich die act. depensi des Bürgen gegen den Schuldner, die act. judicati, das Nexum, das Damnationslegat, das damnum injuria datum. Gaj. VI. §. 171. Es iſt übrigens ſchon im erſten Bande S. 149, 150 ein Verſuch zur Erklärung dieſer Litiscrescenz gemacht.

pön, denn letztere mußte ſich, wo es ſich um Geld handelte, innerhalb der Gränzen der erlaubten Zinſen halten,[132] damit aber war ihre Wirkſamkeit ſehr geſchwächt und für den regulären Fall, daß Zinſen bis zum Betrage des geſetzlichen Maximums verſprochen waren, völlig aufgehoben. Hier lag das Bedürfniß einer Hülfe von Seiten der Geſetzgebung vor. Dieſelbe ward aber nur für den Fall gewährt, daß es wegen Läugnens des Beklagten zum Prozeß kam, und zwar in Form der sponsio tertiae partis[133] (wodurch der Kläger außer der Hauptſchuld noch ein Dritttheil mehr erhielt); gegen den geſtändigen Schuldner fiel dieſe Schärfung hinweg. Jedoch ſcheint es auch Fälle gegeben zu haben, in denen der geſtändige, aber ſäumige Schuldner zur Strafe für ſeine Zögerung ein ſolches Plus zu entrichten hatte; in der lex Julia municipalis iſt uns ein ſolcher Fall aufbewahrt.[134]

132) Nach neuerm Recht iſt dies völlig unbeſtritten; nicht bloß für den Fall des Darlehns, l. 44 de usur. (22. 1): Poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest, ſondern auch für den der Kaufgelder, l. 13 §. 26 de act. emti (19. 1), worin der Ausſpruch von Papinian in Vat. fragm. §. 11 wiederholt wird: Si convenerit, ut ad diem pretio non soluto venditori duplum praestaretur, in fraudem constitutionum videri adjectum, quod usuram legitimam excedit. Daß man es in alter Zeit in dieſer Beziehung anders gehalten hat, geht daraus hervor, daß ſonſt alle Zinsbeſchränkungen illuſoriſch geweſen wären; der Gläubiger hätte das Zinsverſprechen auf den geſetzlichen Betrag gerichtet und darüber hinaus ſich unter dem Namen einer Conventionalpön beliebig mehr verſprechen laſſen.

133) Gaj. IV. §. 13, 171. Cic. pro Rosc. c. 4, 5.

134) Lex Jul. munic. vers. 40—44. Wer ſeine Wegbaulaſt nicht erfüllt, auf deſſen Koſten wird die Reparatur verdungen. Si is, qui adtributus erit, eam pecuniam diebus XXX proxumis, quibus ipse aut procurator ejus sciet adtributionem factam esse, ei, cui adtributus erit, non solverit neque satisfecerit, is quantae pecuniae adtributus erit, tantam pecuniam et ejus dimidium ei cui adtributus erit dare debeto inque eam rem is quocunque de ea re aditum erit, judicem judiciumque ita dato, uti de pecunia credita (judicem) judiciumque dari oportebit. Eine Sponsio von Seiten des geſtändigen Schuldners wird in der lex Rubria c. 21 erwähnt. Es werden dort zwei

Aber handelt es ſich nun in allen dieſen Fällen um ein Surrogat des Intereſſes? Es würde verkehrt ſein, die beiden Geſichtspunkte der Strafe und des Intereſſes ſich ſchlechthin gegenüber zu ſtellen. In vielen Fällen ſind ſie nur die zwei verſchiedenen Seiten eines und deſſelben Verhältniſſes. Vom Standpunkt des Beklagten aus ſtellt ſich das, was er leiſtet, als eine Strafe dar, von dem des Klägers aus als eine Satisfaction im weiteſten Sinn d. h. eine Genugthuung ſowohl für die perſönliche Kränkung, die in der Rechtsverletzung liegt, als für ſeinen materiellen Verluſt. Wie wenig der eine Geſichtspunkt den andern ausſchließt, erhellt am beſten daraus, daß die Römer ſelbſt bei Klagen, die lediglich auf einfache Leiſtung des Schadenserſatzes gerichtet ſind, den Geſichtspunkt einer Strafe geltend machen.[135]) Der eingeſtandene Zweck der Klage iſt, dem Kläger ſein Intereſſe zu verſchaffen, und doch wird ſie vom Standpunkt des Beklagten als Pönalklage bezeichnet. Es ließe ſich auch noch auf die Conventionalpön verweiſen, die ebenfalls, obſchon ſie nur den Zweck hat, dem Kläger ein Surrogat für das Intereſſe zu gewähren, vom Standpunkt des Beklagten aus eine poena genannt wird. Mochte in einigen der obigen Fälle immerhin der Geſichtspunkt der Strafe der überwiegende ſein, ſelbſt hier wurde mindeſtens auch der Erfolg erreicht, dem Kläger das Intereſſe zu verſchaffen.[136]) In manchen andern Fällen aber war umgekehrt der

Fälle unterſchieden: 1) si is eam pecuniam in jure debere se confessus erit neque id, quod confessus erit, (a) solvet satisvefaciet aut (b) se sponsione judicioque uti oportebit non defendet 2) sive is in jure non responderit neque sponsionem faciet neque judicio u. ſ. w.

135) Die von Savigny ganz im Geiſt der römiſchen Auffaſſung ſo bezeichneten: einſeitigen Strafklagen. Gegen die Erben konnten ſie nur in quantum ad eos pervenit gerichtet werden, und hierin äußerte ſich namentlich ihre pönale Natur. Beiſpiele gewährt jedes Pandekten-Compendium bei Gelegenheit der Transmiſſion der Klagen z. B. Puchta §. 88 not. g.

136) Die auf die dedicatio einer res aliena in sacrum geſetzte poena dupli — eine reine poena — motivirt Gajus in der l. 3 de litig. (44. 6) in folgender Weiſe: ut id veluti solatium habeat pro eo, quod potentiori adversario traditus est.

Gesichtspunkt des Interesses der prinzipale,[137]) der der Strafe der secundäre.

Fragen wir uns also, auf welche Weise befriedigte das ältere Recht den natürlichen Anspruch eines jeden Verletzten auf das Interesse, so kann die Anwort nur lauten: auf indirectem Wege durch Zuwendung eines Aversionalquantums, nicht aber auf directem durch Zulassung der Liquidation desselben.

Dies ist es aber allein, worauf es hier ankommt. Der Schluß, den wir darauf bauen, ist folgender. Jene indirecte Befriedigung des natürlichen Anspruchs auf das Interesse zeigt einmal, daß das ältere Recht einen solchen Anspruch als begründet anerkannte. Sodann aber beweist die indirecte Art und Weise, in der das ältere Recht diesen Anspruch befriedigte, daß der directe Weg einer Liquidation des Interesses ihm noch widerstrebte, und dies Widerstreben stimmt vollkommen zu dem ganzen Geist des ältern Rechts.

Der obige Einwand: Die Zwiespältigkeit der richterlichen Aestimation erkläre sich aus dem verschiedenen Zweck und Bedürfniß der Rechtsverhältnisse, ist also unhaltbar. Die innere Natur der auf ein certum gerichteten Obligationen sträubte sich keineswegs gegen die Berücksichtigung des Interesses, denn mittelbar ward dem Anspruch auf letzteres ja ein Genüge geleistet. Man könnte eher umgekehrt sagen: wenn bei ihnen in jedem einzelnen Fall, ohne daß es noch eines besondern Nachweises des Interesses bedurft hätte, ein Surrogat für dasselbe gewährt wurde, so liegt darin auf's deutlichste, daß sie in den Augen der Römer einen gerechten Anspruch auf Berücksichtigung des Interesses begründeten. Warum aber ward derselbe nur auf einem Umwege befriedigt, warum stand dem Verletzten, wenn der directe Weg überhaupt bereits bekannt war, nicht auch letzterer offen?[138]) Ich finde keine

137) So z. B. bei der act. rationibus distrahendis, bei der Klage gegen die Publicanen. Anm. 127.

138) Als der directe Weg eingeschlagen wurde, behielt man, wie einmal in der conservativen Weise der Römer lag, für viele Verhältnisse die Behand-

andere Antwort darauf als: weil der directe Weg überhaupt noch nicht exiſtirte. Conſequenterweiſe bin ich zu der Annahme gezwungen, daß die Verhältniſſe, bei denen ſich im ſpätern Recht die relative Aeſtimation findet, entweder in der ältern Zeit gar nicht klagbar waren, oder daß bei ihnen früher die objective Aeſtimation zur Anwendung kam. Der dritte Abſchnitt des gegenwärtigen Theils wird uns zu einer Betrachtung dieſer Verhältniſſe Veranlaſſung geben, und dort werde ich dieſe Frage wiederum aufnehmen.

Der Gegenſatz der bisher geſchilderten altrömiſchen und der particulariſirenden und individualiſirenden Behandlungsweiſe des deutſchen Rechts iſt für das wiſſenſchaftliche Schickſal der beiden Rechte höchſt einflußreich geworden. Er läßt ſich als Gegenſatz

---

lungsart des ältern Rechts bei. Beim mutuum ließ ſich auch im neuern Recht nicht das Intereſſe liquidiren, während dies bei einem depositum irregulare von Geldſtücken möglich war (ſ. l. 3 de in lit. jur. [12. 3]) — Bei einigen Verhältniſſen aber ging man von der objectiven zur relativen Aeſtimation über z. B. bei der act. injuriarum (aestimatoria d. h. Berückſichtigung der individuellen Verhältniſſe ſtatt der ein für alle Mal beſtimmten 25 ass. des ältern Rechts) und zwar geſchah es hier durch den Prätor. Sodann bei der act. leg. Aquiliae (ſ. Note 125). Hier vermittelte die Jurisprudenz den Fortſchritt auf rein innerlichem Wege, nämlich durch eine freiere Interpretation. Dieſe letzte Erſcheinung wird auch einen ähnlichen Vorgang bei der act. furti, nämlich den dort hervortretenden Conflict zwiſchen der objectiven und relativen Aeſtimation (cf. l. 50 pr. de furtis [47. 2] mit l. 27, l. 67 §. 1, 80 §. 1 ibid.) in's rechte Licht ſetzen, jedoch muß ich darauf verzichten, dieſen Nebenpunkt hier weiter auszuführen. Ferner bei dem interd. uti possidetis, wo noch Servius das quanti ea res est im objectiven Sinn nahm, während die ſpätern Juriſten darunter das Intereſſe verſtanden l. 3 §. 11 uti poss. (43. 17) und ähnlich wird der Entwickelungsgang beim int. unde vi geweſen ſein l. 6 de vi (43. 16) F. Mommſen a. a. O. S. 48. Ferner die act. de serv. corrupto, vergl. l. 9 §. 3 de serv. corr. (11. 3) mit l. 14 §. 7 ib. In welchem Maße dieſe Beiſpiele eines Ueberganges von der objectiven zur relativen Aeſtimation die im Text verfochtene Anſicht unterſtützen, brauche ich wohl nicht erſt zu bemerken.

der centripetalen und centrifugalen Richtung bezeichnen. Dort wirft sich die bildende Kraft vorzugsweise auf das Centrum, hier auf die Peripherie. Nun kann man allerdings eben so wohl von der Peripherie zum Centrum, wie von dem Centrum zur Peripherie gelangen, aber leichter und sicherer ist der letztere Weg. Richtet das Recht seine Kraft von vornherein vorzugsweise auf die Ausbildung des Particulären und Besonderen, so ist es weit schwieriger, sich von diesem zum Generellen und Gemeinsamen zu erheben, als umgekehrt, wenn zunächst das allen gemeinsame Centrum kräftig entwickelt ist, von diesem zu den Besonderheiten hinunterzusteigen. Denn um dort dies Ziel zu erreichen, müssen erst sämmtliche einzelne Particularitäten, die vielleicht regellos auseinandergegangen sind, in einen Kreis gerückt, muß mühsam erst für sie ein Mittelpunkt gesucht und festgestellt werden. Die Wissenschaft des deutschen Rechts gewährt uns hierfür einen schlagenden Beleg, und die Nachtheile der überwiegend centrifugalen Richtung des deutschen Geistes sind auf ihrem Gebiete nicht minder sichtbar und fühlbar, als auf dem unserer politischen Geschichte.[140]) Wie es im Wesen des römischen Geistes lag zu cen-

140) Der wissenschaftlichen Erforschung des deutschen Rechts steht gewiß noch eine große Ausbeute an „centralen" Gesichtspunkten bevor, an latenten höhern Rechtsprinzipien, die in den einzelnen Instituten sich verwirklicht haben, für die aber noch die rechte Formel nicht gefunden ist. Mit jeder solcher neuen Entdeckung wird die Kraft des deutschen Rechts sich verdoppeln und wird ein Stück des römischen Rechts von uns abfallen, ohne daß der Gesetzgeber zu dem Zweck seine Hand zu rühren hätte. Die Stärke der römischen, die Schwäche der germanischen Jurisprudenz liegt in der Ausbildung des centralen Moments, und hier ist der Punkt, wo letztere den Kampf aufzunehmen hat, und wo sie ihn mit großem Erfolg wird führen können. Dadurch daß unser Recht nach dieser Seite hin zu schwach war, ist das römische Herr über uns geworden; wollen wir uns von letzterem befreien, so ist das nicht der rechte Weg, die Differenz zwischen unserer particularisirenden und individualisirenden Rechtsanschauung und der römischen centralisirenden zu constatiren — denn das heißt ja gerade deduciren, wie nöthig uns das römische Recht war — sondern umgekehrt das centrale Moment der deutschen Rechtsanschauung zu cultiviren, nachzuweisen, daß wir nicht so arm sind als

tralisiren (§. 20), so hat derselbe auch innerhalb des Rechts von Anfang an das centrale Moment vorzugsweise kräftig entwickelt. Die Summe der für alle Institute, Verhältnisse, Klassen von Personen u. s. w. gemeinsamen Rechtssätze ist hier ungewöhnlich groß, die Summe der den einzelnen Instituten, Verhältnissen u. s. w. eigenthümlichen ungewöhnlich klein. Auf die Vortheile dieser Behandlungsweise brauche ich kaum aufmerksam zu machen. Eine kräftige Entwickelung des Centrums kommt dem ganzen Kreise zu gute; was hier gewonnen wird, hat nicht bloß eine punktuelle Bedeutung, sondern eine universelle, es theilt sich sofort nach allen Seiten hin mit. Nirgends also lohnt sich der Kraftaufwand mehr als hier, nirgends ist es leichter, das Ganze zu übersehen, zu beherrschen und zu gestalten.

Dieser bleibende Gewinn, den das spätere Recht von dem Gleichheitstriebe des ältern gezogen hat, würde mit vorübergehenden Nachtheilen, die der Gleichheitstrieb für die ältere Zeit hätte haben können, nicht zu theuer erkauft worden sein. Ich mache diese Bemerkung nur, um daran die Warnung zu knüpfen, unsere heutige Anschauungsweise nicht in jene Zeit zu übertragen. Was für uns unerträglich sein würde und es auch für die Römer selber später ward, war der ältern Zeit völlig entsprechend.

III. Der Macht- und Freiheitstrieb.

I. Das System der Freiheit und Unfreiheit im allgemeinen.

XXX. Mehr als irgendwo scheint es mir bei der vorliegenden Frage erforderlich zu sein, der Darstellung des ältern Rechts eine Rechtfertigung des Gesichtspunktes vorauszuschicken, unter dem ich dasselbe beurtheilen werde. Die Freiheit gehört zwar zu den Worten, die jeder im Munde führt, trotzdem aber kann ich

man glaubt, nicht nöthig haben, unsern Bedarf an centralen Gesichtspunkten lediglich vom römischen Recht zu borgen.

dem Leser eine Ausführung über die Bedeutung der Freiheit nicht ersparen, denn die richtige Auffassung ist keineswegs, selbst nicht einmal innerhalb der Wissenschaft, so verbreitet, daß es genügte einfach darauf Bezug zu nehmen. Es gilt vornehmlich im folgenden einer Anschauungsweise entgegen zu treten, die in einem mangelnden Verständniß für das Wesen der Freiheit ihren Grund hat, und die sich nicht bloß in unsern Zuständen und Einrichtungen seit geraumer Zeit verkörpert, sondern — was uns hier ja zunächst berührt — für das römische Recht die schiefsten und verkehrtesten Urtheile zur Folge gehabt hat. Wenn ich nun zwar nur im Interesse des letzteren veranlaßt bin gegen jene Anschauungsweise zu polemisiren, so glaube ich mein Ziel doch nicht besser erreichen zu können, als wenn ich den apologetischen Zweck zunächst außer Augen setze und jene Auffassungsweise ganz abgesehn vom römischen Recht einer Kritik unterwerfe.

Einer der fundamentalsten Divergenzpunkte der positiven Rechte ist die Art und Weise, wie die Gesetzgebung für die Zwecke und Aufgaben der Gemeinschaft thätig wird. Sie kann es in einer Weise, daß sie sich im wesentlichen darauf beschränkt, lediglich die Voraussetzungen für die Verfolgung dieser Ziele und Aufgaben herzustellen und zu sichern, höchstens eine indirecte Beihülfe zu gewähren, während sie die eigentliche Arbeit der freien Thätigkeit des Volks (der Einzelnen, Corporationen, Gemeinden u. s. w.) überläßt, so daß mithin letztere als die eigentliche vis agens des ganzen Systems erscheint. Dieses System, das nach einer einzelnen Seite hin unter dem Namen der Selbstregierung bekannt ist, nenne ich das System der Freiheit. Den Gegensatz dazu bildet ein System, bei dem die Gesetzgebung und Regierung die eigentliche Arbeit selbst in die Hand nimmt,[141]) positiv durch

141) Von den modernen Völkern repräsentirt vorzugsweise das englische das erste, das französische das zweite.

Geſetz und Zwang die Erreichung jener Ziele zu bewerkſtelligen ſucht; ich nenne es das des Zwanges oder der Unfreiheit.[142]) Der Gegenſatz iſt begreiflicherweiſe kein abſoluter, denn es hat weder einen Staat gegeben, der Alles, noch einen, der Nichts der freien Thätigkeit des Volks hätte überlaſſen können. Aber eine ungeheure Verſchiedenheit findet doch in dieſer Beziehung Statt, und um dieſelbe beſtimmen zu können, wird es erlaubt ſein, jene beiden Syſteme in ihrer ſupponirten Denkbarkeit zu Endpunkten einer Scala zu machen und in ihrer Gegenſätzlichkeit zu charakteriſiren.

Es gibt eine Auffaſſungsweiſe — und es iſt die, welche ich oben im Auge hatte — bei welcher der Vergleich beider Syſteme unbedingt zu Gunſten des Syſtems der Unfreiheit ausfallen muß — eine Auffaſſungsweiſe, die aus verſchiedenen Gründen viel Verführeriſches hat und den Schein einer tief ſittlichen Würdigung des Rechts für ſich anzuführen vermag. Ausgehend von dem an ſich richtigen Gedanken der ſittlichen Miſſion des Staats findet ſie in dem Syſtem der Freiheit lediglich das Walten der bloßen Subjectivität, in dem der Unfreiheit hingegen die Herrſchaft objectiver ſittlicher Prinzipien[143]) — dort Indifferentis-

142) Von der Staatsform, ob dieſelbe eine Monarchie oder Republik iſt, ſind beide Syſteme unabhängig, das Syſtem der Unfreiheit iſt eben ſowohl in einer Republik möglich (wie das Beiſpiel Sparta's in alter Zeit und der franzöſiſchen in neuerer Zeit zeigt) als das der Freiheit in einer Monarchie, z. B. in England. Es zeigt ſo recht die Unreife und innere Unwahrheit des Freiheitsgefühls, wenn man zu gleicher Zeit für die Republik ſchwärmen und doch dabei mit dem Syſtem der Unfreiheit harmoniren kann. Man würde gleichgültiger gegen die Form der Staatsverfaſſung ſein, wenn man für die wahre Freiheit mehr Sinn hätte.

143) Ich wähle die Ausdrücke, deren Schmidt ſich in ſeinem Buch über den prinzipiellen Unterſchied zwiſchen dem römiſchen und germaniſchen Recht (Note 43) bedient hat. Der Grundgedanke deſſelben iſt ein gänzlich verfehlter, er beruht auf jenem Trugſchluß, den ich im Text aufzudecken verſucht habe. Es ſtände ſchlimm um die germaniſchen Völker, und ſie würden mit China und den orientaliſchen Völkern auf Eine Stufe rangiren, wenn ſie in ihrem Recht das „Prinzip der Subjectivität" nicht anerkannt hätten. Man

mus des Staats gegen seine höchsten Aufgaben, die Ueberantwortung derselben an den Zufall, insofern ja der gute Wille der Individuen Zufall ist — hier die Hingabe des Staats an seinen wahren Beruf, die praktische Anerkennung und Realisirung jener objectiven Prinzipien. Wenn es einmal, so könnte man argumentiren, Aufgabe des Staats ist, die höchsten Ideen: das Gute, Wahre, Schöne, Zweckmäßige u. s. w. zu verwirklichen, warum dieselben noch erst in Frage stellen, indem er sie dem freien Willen des Individuums oder Volks, also dem Zufall überläßt; warum bloß wünschen und hoffen, wenn der Staat den Erfolg, wie er es ja auf dem kürzesten und sichersten Wege durch das Gesetz vermag, mit Nothwendigkeit herbeiführen kann? Was dürfte ihn abhalten? Etwa die Rücksicht auf das Individuum? Aber das Individuum muß ja jene Prinzipien als für sich verbindlich anerkennen, und in demselben Maße, in dem sie zur Geltung gelangen, steigert sich auch das individuelle Wohl und der innere Frieden des Subjects. So wird also durch jenes System die Ordnung und das Gedeihen der sittlichen Welt erst wahrhaft von dem Zufall des subjectiven Beliebens emancipirt, zur objectiven Nothwendigkeit und zur Höhe der physischen Weltordnung erhoben. Sie ist damit der Eigenschaften theilhaftig geworden, die wir an der letzteren mit so vollem Recht bewundern — der Regelmäßigkeit, Sicherheit, Berechenbarkeit.

Die Zeit liegt noch nicht fern, wo diese Anschauungsweise die

---

sollte nach dem Schmidt'schen Buch glauben, als ob nicht Gott, sondern der Teufel den Trieb nach Freiheit in des Menschen Brust gepflanzt habe. Denn wenn ersteres, gehört dann nicht das Prinzip der Freiheit mit zu den objectiven Prinzipien, verträgt es sich nicht mit dem Schmidt'schen „Sittengesetz"? Einer solchen Ansicht gegenüber, die sich den Schein einer tief sittlichen zu geben versucht, hielt ich es nicht für überflüssig, für die legitime Abstammung der Freiheit aus der Sittlichkeit eine Lanze zu brechen, ohne aber meinem Gegner dabei in seine Irrgänge, bei denen der rechtliche und moralische Gesichtspunkt in unglaublicher Weise durcheinander geworfen werden, weiter folgen zu können.

Gesetzgebung wie die Wissenschaft völlig beherrschte,[144]) wo es als etwas Großes und Erhabenes erschien, das frische freie Leben und Weben in der sittlichen Schöpfung, die sittlichen Naturkräfte, wenn ich so sagen darf, zu verdrängen und dafür den Mechanismus eines Uhrwerkes zu substituiren, bei dem man sich von allen nicht actenmäßigen und gesetzlich conceſſionirten Kräften und Einflüssen unabhängig gemacht und die Bewegung ganz in seine eigene Hand gebracht zu haben glaubte. Allerdings hat sich seitdem ein Umschwung vorbereitet, aber wir stehen doch erst am Anfang desselben, denn jene Anschauungsweise hat sich nicht bloß in unsern Einrichtungen, Zuständen, Gesetzen u. s. w., sondern auch in der Ansicht sowohl des Volks wie der Regierungen so eingewurzelt, daß noch eine lange, lange Zeit über dem Verlauf dieses Prozesses verfließen dürfte. Es handelt sich um eine Veränderung nicht sowohl in der Ansicht als in dem Charakter und dem Rechtsgefühl des Volks, und derartige Um-

144) Die Philosophie sympathisirte darin mit der Jurisprudenz. Auch ihr war auf ihrem Gebiet die Freiheit nicht weniger unbequem als der Jurisprudenz auf dem des Rechts, auch ihr galt das Gesetz, die logische, dialektische Nothwendigkeit als das Höchste, dem sie willig die Persönlichkeit zum Opfer brachte. So läugnete sie die Persönlichkeit und Freiheit Gottes, drückte in der Philosophie der Geschichte die Persönlichkeiten zu bloßen Momenten des dialektischen Prozesses herab u. s. w. Das sittliche Universum, wie sie es sich construirte, verdiente es nicht mit ganz anderm Recht als die Natur die Schiller'schen Vorwürfe:

Gleich dem todten Schlag der Pendeluhr
Dient sie knechtisch dem Gesetz der Schwere
Die entgötterte Natur —?

Kann es Wunder nehmen, daß in einer solchen Zeit, die gleichmäßig in der Wissenschaft wie im Recht die Persönlichkeit bekriegte, die Persönlichkeiten und Charaktere nicht gedeihen wollten, wenigstens da nicht, wo sie dem antipersönlichen Luftzug der Zeit vorzugsweise ausgesetzt waren? Oder müssen wir das Causalverhältniß hier umdrehen? Die Philosophie hat hieran die Richtigkeit ihrer Selbstcharakteristik als „die Zeit in Form des Bewußtseins" bewährt, und sie dürfte daher auch in demselben Maße, in dem das Moment der Freiheit und Persönlichkeit reell an Bedeutung gewinnt, dasselbe auf ihrem Gebiete zur Anerkennung bringen.

wandlungen vollziehen sich bekanntlich mit äußerster Langsamkeit.

Versuchen wir jenes System des täuschenden Scheines, mit dem es sich umgibt, zu entkleiden und es in seiner wahren Gestalt zu erkennen.

Zunächst müssen wir den obigen Vergleich der moralischen und physischen Weltordnung als eine Entwürdigung der ersteren entschieden zurückweisen. Denn das Wesen der ersteren ist die Freiheit, das der letzteren die Nothwendigkeit, und es kann nicht Aufgabe der ersteren sein, gerade diesen ihren specifischen Vorzug aufzugeben, um damit die Regelmäßigkeit, Berechenbarkeit u. s. w. der letzteren zu erkaufen. Der Staat als der Organismus der Freiheit kann allerdings, um dies zu sein, das Moment der Nothwendigkeit nicht entbehren, er hat Eine Seite, nach der er wirklich der Natur mit ihrer Nothwendigkeit verwandt ist, d. h. zu Gesetzen und äußerem mechanischen Zwang seine Zuflucht nehmen muß. Aber je mehr er ohne die dringendsten Gründe diese Seite entwickelt, also das Element der Freiheit beschränkt, verkürzt, um desto mehr steigt er von der Höhe seiner Bestimmung, die ihn über die natürliche Welt erhebt, zu dem niedern Standpunkt der letzteren hinunter. Was dem Menschen der Leib, das ist dem Staat die durch den Zwang erstrebte Gleichmäßigkeit und Festigkeit der äußeren Ordnung. Bei beiden ist der Leib nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck — die Unterlage und das Instrument für das freie Walten des Geistes.

Vom Utilitäts-Standpunkte aus betrachtet möchte nun immerhin der Zwang sich mit der Freiheit messen können, der Wohlstand des Volks, die äußere Ordnung und Moralität u. s. w. unter jenem nicht minder gedeihen als unter dieser — obgleich die Erfahrung bekanntlich das Gegentheil lehrt; denn die Unfreiheit ist nie weder des moralischen noch intellectuellen Schwunges der Freiheit fähig; das Gängelband, das man ihr angelegt hat, hindert sie häufiger an der Bewegung, als daß es ihr dieselbe erleichtert. Aber selbst wenn sie äußerlich glänzendere Resultate aufzuweisen

hätte als die Freiheit, was würde dieser Mehrgewinn bedeuten, wenn er durch eine Einbuße an unschätzbaren innern Gütern und immateriellen Werthen erkauft werden müßte? Denken wir uns: einem Volke, das bisher unter dem System der Freiheit lebte, würde durch äußere Gewalt das entgegengesetzte aufgezwungen. Die nachtheiligen Einwirkungen auf seinen Charakter würden bald sichtbar werden, sein Selbstvertrauen, sein Unternehmungsgeist, seine Thatkraft müßten nothwendigerweise abnehmen, denn jede Eigenschaft nimmt ab, wenn sie nicht geübt werden kann; jene Eigenschaften haben nur auf dem Boden der Freiheit rechtes Gedeihen, weil sie nur hier möglich und unentbehrlich sind.

Aber der Werth der rechtlichen Freiheit liegt nicht bloß in dem, was sie materiell leistet und hervorbringt, sondern in ihrer sittlichen Bestimmung. Als bloße Negation, als bloßer Zustand des Nichtbestimmtwerdens von außen hat sie keine ethische Berechtigung, sie gewinnt dieselbe vielmehr erst dadurch, daß eine positiv schöpferische Kraft, der Wille, sie zu ihrer Voraussetzung hat. Der Wille ist das schöpferisch gestaltende Organ der Persönlichkeit, in der Bethätigung dieser Schöpferkraft erhebt letztere sich zur Gottähnlichkeit. Sich als Schöpfer einer noch so kleinen Welt fühlen, sich abspiegeln in seiner Schöpfung als etwas, das *vor* ihm nicht da war, das nur *durch* ihn geworden, — das ist es, was dem Menschen das Gefühl seines Werthes und die Ahnung seiner Gottebenbildlichkeit gewährt. Das Wissen vermag ihm dies nicht zu gewähren, der Ruhm des Wissens ist der Ruhm des Spiegels, der die Dinge getreu reflectirt, aber der Ruhm des Willens ist der Ruhm der That — der Kraft, welche die Dinge selber gestaltet, die Weltschöpfung fortsetzt. Nur soweit das Wissen in und durch den Willen zur *That* drängt, erhebt es sich gleich ihm zur Höhe einer *ethischen* Thatsache.

Jene schöpferische Thätigkeit zu entfalten, ist das höchste Recht des Menschen und ein unentbehrliches Mittel zu seiner sittlichen Selbsterziehung. Sie setzt die Freiheit, also auch den Mißbrauch derselben: die Wahl des Schlechten, Zweckwidrigen, Unverständi-

gen u. s. w. voraus, denn als unsere Schöpfung läßt sich nur das betrachten, was frei aus der Persönlichkeit hervorgegangen ist. Den Menschen zum Guten, Vernünftigen u. s. w. zwingen, ist nicht sowohl darum eine Versündigung gegen seine Bestimmung, weil sie ihm die Wahl des Entgegengesetzten verschließt, als weil sie ihm die Möglichkeit, das Gute aus eigenem Antriebe zu thun, entzieht.[141a])

Der Wille erlangt erst im Staat die Möglichkeit gesicherter Verwirklichung, und es ist eine Verpflichtung des Staats, den productiven Beruf des Willens als rechtliche Macht und Freiheit anzuerkennen und zu schützen. Aber in welcher Ausdehnung? Die Erfahrung zeigt überall das Bestehen von gesetzlichen Beschränkungen der Freiheit, die lediglich vom Standpunkt des Individuums aus betrachtet nicht zu deduciren wären, zu denen also der Staat nicht berechtigt wäre, wenn er bloß die Aufgabe hätte, die subjective Freiheit zu realisiren. Daß diese letztere Supposition unrichtig ist, daß also dem Staat das Recht zu einem derartigen Eingreifen in die individuelle Freiheitssphäre nicht bestritten werden kann, darüber braucht heutzutage kein Wort verloren zu werden. Aber wie weit reicht dies Recht? Darf der Staat alles, was ihm gut, sittlich, zweckmäßig erscheint, zum Gesetz erheben, so gibt es für dieses Recht keine Schranken, und das oben deducirte Recht der Persönlichkeit ist in Frage gestellt; die Bewegung, die er ihr verstattet, hat dann bloß den Charakter einer Concession, ist ein reines Gnadengeschenk. Diese Ansicht von der alles verschlingenden und alles aus sich erst wieder gebärenden Omnipotenz des Staats ist trotz des glänzenden Gewandes, in das sie sich so gern zu kleiden liebt: jener hochtönenden Phrasen von Volkswohl, Verfolgung objectiver Prinzipien, Sittengesetz — sie ist und bleibt die wahre Ausgeburt der Willkür, die Theorie des Despotismus, möge sie von einer Volksversamm-

144a) Seneca de benef. III. 7: desinit res esse honesta, si necessaria est.

lung oder einem absoluten Monarchen zur Anwendung gebracht werden. Sie anzunehmen bedeutet für das Individuum einen Verrath an sich selbst und seiner Bestimmung, einen sittlichen Selbstmord! Die Persönlichkeit mit ihrem Anrecht auf freie schöpferische Thätigkeit ist nicht minder von Gottes Gnaden als der Staat, und es ist nicht bloß ein Recht, sondern eine heilige Pflicht des Individuums, dieses Anrecht geltend zu machen und auszuüben. Aber die Persönlichkeit steht zugleich nicht allein für sich; sie bildet vielmehr ein Glied eines höhern sittlichen Organismus, dessen Dasein nicht minder als das ihrige auf göttlicher Einsetzung beruht, der seine Mission ebenfalls von Gott erhalten hat: des Staats. Beide beschränken sich gegenseitig, aber sie schließen sich weder aus, noch leiten sie ihre Rechte der eine vom andern ab, der Staat so wenig von dem Individuum, wie einst die naturrechtliche Theorie lehrte, noch das Individuum vom Staat.

Die sittliche Mission des Staats! Ist mit diesem dehnbaren Begriff nicht die Religion, die Sittlichkeit, der Wohlstand, die künstlerische und wissenschaftliche Bildung u. s. w., kurz alles, was das Volk sein und werden, haben und leisten kann, der Obhut und Pflege des Staats anvertraut? Gewiß; aber alles kommt auf die Art an, wie er jene Mission begreift, und damit langen wir wieder bei einem bereits berührten Punkt an. Der Staat kann sie nämlich in der Weise auffassen, daß er selber d. h. als Staatsgewalt jene höchsten Aufgaben des Gattungslebens durch positives Gebot mit Gewalt zu verfolgen habe; dies ist die Weise, gegen die das Prinzip der persönlichen Freiheit Protest einlegt, weil letztere zu einer Arbeit *gezwungen* wird, in deren *freiwilliger* Verrichtung gerade ihre Aufgabe und Ehre besteht — unser System der Unfreiheit. Den Gegensatz dazu bildet das bereits oben bezeichnete System der Freiheit, bei dem der Staat sich darauf beschränkt, die Erreichbarkeit jener Ziele bloß zu *ermöglichen* und zu *erleichtern*, die Verfolgung selbst aber dem freien Walten des sittlichen Geistes und der Selbstthätigkeit der nationalen und individuellen Intelligenz anheimstellt. In

diesem System erscheinen die Staatsidee und die Idee der Freiheit im Einklang, und dieses System ist daher das absolute Ideal, dem jedes Volk nachzustreben hat.

Die bisherige Erörterung hatte zum Zweck, die Unvollkommenheit des Systems der Unfreiheit nachzuweisen. Wie nun aber das Unvollkommene relativ berechtigt sein kann, so verhält es sich auch mit diesem System. Nicht jedes Volk ist für die Freiheit reif, und ohne Reife hat das System der Freiheit keine sittliche Berechtigung. Es verhält sich in dieser Beziehung mit den Völkern, wie mit den Individuen; auch sie bedürfen der Zucht in den Jahren der Unmündigkeit, und diesem Zweck dient bei ihnen eben das System der Unfreiheit. In instinktartigem Gefühl ihrer Schwäche und ihres Bedürfnisses erscheint ihnen dann dasselbe nicht bloß nicht als eine Last, sondern als etwas Natürliches und Nothwendiges. Ihr Rechtsgefühl reicht über ihre Kräfte nicht hinaus, und es würde daher das entgegengesetzte System als ein berechtigtes gar nicht begreifen können. Dies ist z. B. im wesentlichen der Standpunkt der orientalischen Völker; der Gedanke der persönlichen in dem Subjecte selbst wurzelnden Freiheit ist ihnen nie aufgegangen und würde ihnen in manchen Anwendungen, z. B. auf religiösem Gebiete, geradezu ein Gräuel sein.

Die Kritik und Abwehr des Systems der Unfreiheit hat uns zugleich positiv die Rechtfertigung des entgegengesetzten Systems gegeben, aber hinsichtlich des letzteren bedarf es noch einer Bemerkung.

Wenn wir im bisherigen nachzuweisen versucht haben, daß gerade die ächte Sittlichkeit das System der Freiheit postulire, so ist dies nicht so gemeint, als ob dasselbe überall, wo es sich historisch zeigt, aus einer solchen sittlich würdigen Auffassung hervorgegangen sei. Vielmehr kann es eben sowohl ein Ausfluß der gerade entgegengesetzten Anschauung, ein Ausdruck sittlicher Rohheit und Zügellosigkeit sein. Der sittliche Mensch begehrt die Freiheit, weil er das Gute aus eigenem Antrieb zu thun wünscht, der Schlechte, weil er ungehindert seinen bösen Neigungen folgen will;

dieſer haßt den Zwang, weil er ihn zur Ordnung und zum Guten zwingt, jener, weil er ihn dazu zwingt. So findet ſich denn das Syſtem der Freiheit ebenſo wohl auf der niedrigſten Stufe der Cultur und Sittlichkeit als auf der gerade entgegengeſetzten. Daſſelbe läßt ſich als ein weiter Rahmen bezeichnen, der den verſchiedenartigſten realen Inhalt in ſich aufnehmen und nach Verſchiedenheit deſſelben in Wirklichkeit ebenſo wohl ein Syſtem ſittlicher Rohheit, politiſcher Unreife, ökonomiſcher Indolenz, als ein Syſtem hoher ſittlicher, politiſcher, ökonomiſcher Entwicklung ſein kann. In beiden Fällen werden ſittliche Prinzipien und höhere Ideen in den Geſetzen nicht ſichtbar; aber in dem einen Fall, weil ſie dem Volk fehlen, in dem andern, weil ſie der Beihülfe des Geſetzes nicht bedürfen. Dort ſteht das Syſtem der Freiheit ebenſo weit unter, als im letzteren Falle weit über dem Syſtem der Unfreiheit, — eine Scala, deren unterſte Stufe Willkür und Rohheit, die mittlere Zucht und Zwang, die höchſte die wahre Freiheit iſt.

Da dem bisherigen nach der ſittliche Höhepunkt des Syſtems der Freiheit ſehr variiren kann, ſo iſt es Sache der hiſtoriſchen Forſchung, denſelben im einzelnen Fall zu ermitteln. Sie wird zu dem Zweck den Charakter, die Culturſtufe, die religiöſen und ſittlichen Vorſtellungen dieſes Volks, vor allem aber die Sitte in's Auge zu faſſen haben.[145]) Letztere iſt hier von unendlich höherer Bedeutung als im Syſtem der Unfreiheit, wie ſich dies bei Gelegenheit des ältern römiſchen Rechts ergeben wird. Die altrömiſche Sitte ſoll uns als Kommentar des altrömiſchen Rechts dienen und uns die Ueberzeugung gewähren, daß nicht Rohheit, Grauſamkeit und ſittlicher Indifferentismus, ſondern

145) Wie verkehrt alſo der Schluß iſt, daß dieſe Prinzipien, weil ſie nicht die Form des Geſetzes oder Rechtsſatzes angenommen haben, einem Volke fremd geblieben oder wenigſtens bei ihm nicht die rechte Anerkennung gefunden, erhellt aus dem bisherigen von ſelbſt. Auf dieſem Fehlſchluß beruhen die ſchiefen Urtheile über den unſittlichen Charakter des ältern römiſchen Rechts.

ein reges, kräftig entwickeltes und seiner sittlichen Verantwortlichkeit vollkommen bewußtes Freiheitsgefühl es war, das in den Einrichtungen des alten Rechts seine Befriedigung suchte.

II. Das römische System.

A. Die Stellung des Individuums.

1. Die Freiheit und Macht das Ziel des subjectiven Willens.

Die römische Herrschsucht im allgemeinen. — Die politische und persönliche Freiheit. — Die abstracte privatrechtliche Freiheit und die effective Gebundenheit des Subjects. — Die Sitte und die Macht der öffentlichen Meinung in Rom. — Das System der privatrechtlichen Autonomie in seinen einzelnen Theilen.

Tu regere imperio populos Romane memento.

XXXI. Mit dem Gedanken der Macht und Freiheit nennen wir den psychologischen Urquell des römischen Wesens, jenen Gedanken, der die Thatkraft des Einzelnen wie des Staats in unausgesetzter Spannung erhielt und zur höchsten Entwickelung steigerte, und dessen Verwirklichung daher den vornehmlichsten Inhalt der römischen Geschichte bildet.

In ihrem äußeren Auftreten hat die römische Herrschsucht nichts Gewinnendes. Blutige Spuren, Trümmer und Leichen bezeichnen den Weg, den sie genommen; an dem Triumphwagen römischer Größe klebt das Mark zermalmter Völker. Diese dunkle Kehrseite der Sache ist nicht zu entfernen, aber man hüte sich davor, sich dadurch zu einem ungerechten Urtheil gegen die Römer hinreißen zu lassen und das sittliche Moment der römischen Herrschsucht zu übersehen; hinsichtlich ihrer Großartigkeit ist dies kaum zu befürchten. Die Liebe zur Herrschaft ist nicht schlechthin sittlich unberechtigt. Sie ist es nur da, wo sie nicht aus einem innern Beruf zum Herrschen hervorgeht, sich in kleine Seelen verirrt, denen es an der moralischen Kraft gebricht, die sie vor-

ausſetzt, wo ſie nicht um ihrer ſelbſt willen geliebt wird, ſondern nur als Mittel zur Befriedigung der Genußſucht, Eitelkeit, Laune u. ſ. w. Es gibt aber auch eine ſittlich berechtigte Liebe zur Herrſchaft, eine Liebe derſelben um ihrer ſelbſt willen, eine Liebe, die aller Opfer und Anſtrengungen fähig iſt, und die aus dem Gefühl eines Berufs zum Herrſchen hervorgeht. Wo eine ungewöhnliche moraliſche Kraft vorhanden iſt, wird auch der Trieb zur Geltendmachung derſelben empfunden werden, und was iſt hier die Herrſchſucht anders, als die innere Stimme, die an den Beruf mahnt?

Dieſer Art war die Herrſchſucht der Römer, bevor ſie degenerirte. Nicht Genußſucht war es, was ihnen in ihrer guten Zeit die Herrſchaft werth machte; ein müheloſer Beſitz würde ſie gar nicht befriedigt haben. Für ſie galt, was Leſſing von dem Streben nach Wahrheit ſagt: nicht in dem Ziel, dem ſichern Beſitz, ſondern im Wege, im Streben und Suchen lag der Reiz; der Zuſtand der äußerſten Anſpannung der Kräfte, das Erproben der eigenen Stärke an den äußeren Hinderniſſen, die Gefahr, der Kampf als ſolcher war ihnen ein Bedürfniß; man möchte ſagen, es war eine Naturnothwendigkeit für ſie, der gewaltigen Kraft, die in ihnen drängte und Auslaß begehrte, ſich zu entledigen. Selbſt die Spiele mußten in Rom dieſem Zweck dienen; ihr hauptſächlichſter Reiz lag in der Aufregung und Spannung, in welche die Gefahr auch den unbetheiligten Zuſchauer verſetzt. Aber dies Entlaſſen der Kraft war kein wildes Sich Retten vor ſich ſelbſt, dem blinden Walten der Naturkraft vergleichbar, die römiſche Kraft ſchlug vielmehr geregelte Bahnen ein, diente mit ſtets ſich gleich bleibender Anſpannung einem bewußten Zweck, dem Zweck, den römiſchen Staat in der Welt zur Herrſchaft zu bringen. Dieſe Herrſchaft erſchien den Römern nicht als Uſurpation, ſondern als ein auf ihrer moraliſchen Superiorität über die übrigen Völker beruhendes Recht, als der eigenthümliche Beruf Roms, bei deſſen Verfolgung ſie der Zuſtimmung und Hülfe der Götter ſicher zu ſein glaubten. Wie ſehr dieſes Streben nach

Herrſchaft die römiſche Selbſtſucht über das Niedrige und Gemeine des individuellen Egoismus und eines bloßen Genußlebens zu höheren Anſchauungen erhob; welche Fülle von Tugenden, von Selbſtverleugnung, Vaterlandsliebe, Standhaftigkeit, Tapferkeit, würdigem Stolz u. ſ. w. es zum Vorſchein brachte, kurz welchen ſittlichen Schwung es dem ganzen römiſchen Weſen verlieh, dafür bietet die römiſche Geſchichte eine Fülle der erhebendſten Belege dar. Iſt die Herrſchſucht der Römer einmal ein Fehler zu nennen, ſo hat es nie einen Fehler gegeben, der eine ſo reiche Quelle von nationalen Tugenden und großen Thaten geworden iſt.[145a])

Das Recht gewährt uns die Gelegenheit, die Herrſchſucht ſo zu ſagen in ihrer Häuslichkeit zu belauſchen. Denn es gibt für ſie kein anderes Gebiet, welches ſo vorzugsweiſe gerade ihr gehörte, und auf dem ſie ſolche unblutige Triumphe feiern könnte, wie auf dieſem. In welchem Maße der römiſche Macht- und Freiheitstrieb ſich auf dieſem Gebiete bethätigte, iſt theilweiſe ſehr bekannt, und ſoll, ſoweit es dies iſt, hier nicht weiter ausgeführt werden. Dahin rechne ich z. B. den Antheil, den die römiſche Verfaſſung dem Bürger an der Verwaltung des Staats einräumte, die Theilnahme an der geſetzgebenden und ſtrafrichterlichen Gewalt, an der Wahl der Beamten,[145b]) ſelbſt an der Verwaltung der Polizei mittelſt der actiones populares, kurz das ganze

145a) Es gilt hier ganz das, was Auguſtinus in dem (I. 357) benutzten Ausſpruch über den römiſchen Ehrgeiz und die römiſche Ruhmſucht urtheilt: pro isto uno vitio ... multa alia vitia comprimentes.

145b) Ich halte noch mit aller Ueberzeugung an der alten Anſicht feſt, daß das Volk den Beamten wählt, während eine neuere Anſicht den Schwerpunkt auf den die Wahlcomitien leitenden Beamten legt und ihn (nach eingeholter Meinung des Volks) den neuen Beamten ernennen läßt. Die Stütze, welche dieſe Anſicht in dem von dem präſidirenden Magiſtrat gebrauchten Ausdruck: creare (womit bekanntlich renunciare wechſelt) findet, iſt eine ſehr ſchwache, denn bekanntlich gebrauchten die Römer ebenſo von dem Ankläger, der die Anklage mit Erfolg zu Ende geführt hatte, den Ausdruck: damnare, (Brisson. de voc. ac form.: Damnare §. 3) und von dem Conſul, der einen Senatsbeſchluß veranlaßt hatte den Ausdruck: SCum facere, ſ. z. B. Liv. 42, 9.

republikaniſche Selbſtregiment der Römer. Dahin zähle ich ferner den weiten Umfang, in dem der Grundſatz der perſönlichen Freiheit in Rom zur Anerkennung gelangt war. Ich will von ſolchen Ausflüſſen dieſes Grundſatzes gar nicht reden, deren ſich die Römer ſelbſt nicht bewußt waren, weil ihnen eine Beſchränkung nach dieſer Seite hin als undenkbar erſchienen wäre (z. B. der Freiheit in der Wahl des Lebensberufes), und für die man überhaupt erſt ein Auge bekommt, wenn man ſieht, daß ſie anderwärts fehlen; ich will nur diejenigen aufzählen, welche die Römer ſelbſt als werthvolle Garantieen der perſönlichen Freiheit namhaft machen. Hierzu gehören namentlich: die Freizügigkeit, die man gegen das Ende der Republik dem Inquiſiten ſogar bis zum Urtheilsſpruch zugeſtand,[146] während die ältere Zeit keinen Anſtand nahm ſich des Angeklagten durch Verhaftung zu verſichern, ſelbſt wenn er ſich zur Stellung von Bürgen erbot,[147] der Schutz gegen die Willkür der Beamten, der durch das Recht der Provocation an die Volksverſammlung,[148] der Appellation an die Tribunen und höheren Magiſtrate und die nichts weniger als leicht gehandhabte Verantwortlichkeit der Beamten in umfaſſendſter Weiſe gewährleiſtet war. Sodann der geſtaltende Einfluß, den die Vorſtellung von der Würde des römiſchen Bürgers auf das

---

146) Cic. pro Balbo c. 13 f. oben S. 60 Anm. 45.

147) Gegen die entgegengeſetzte Anſicht Mancher ſ. Heinze im Gerichtsſaal 1871 Heft 2 S. 137—148. Die Verhaftung des Angeklagten war nach altem Recht möglich, wenn auch nicht vorgeſchrieben, ſie ließ ſich jedoch, wenn ſie verfügt war, durch die Interceſſion eines Tribunen abwenden oder, wenn der Beamte darauf einging, in Freilaſſung gegen Caution verwandeln. Zu dem freien Exulationsrecht des Angeklagten (Sallust. Catil. 51), einer Neuerung der ſpätern Zeit, paßte ſie nicht recht, und es iſt daher erklärlich, daß ſie, wenn auch rechtlich nicht aufgehoben, doch in der Anwendung zur äußerſten Seltenheit ward. Geib Geſchichte des röm. Criminalprozeſſes. S. 119, 120.

148) Cic. de orat. II. 48 . . . patronam illam civitatis ac vindicem libertatis. Liv. III. 55: unicum praesidium libertatis. Ich erinnere ferner an das den Beamten geſetzte Maximum der Multa, Gell. XI. 1.

Criminalrecht ausgeübt hat, z. B. die Ausschließung der Tortur,[149] der Leibes- und grausamer Lebensstrafen,[150] und eine Reihe anderer nicht minder werthvoller Einrichtungen.[151] Uebrigens hat jener Grundsatz der persönlichen Freiheit erst im Laufe der Zeit diejenige Ausdehnung gewonnen, in der er gegen das Ende der Republik galt, und die fast das richtige Maß überschritt. Diese spätere Zeit erinnert mit ihren abstracten Freiheits- und Gleichheitsideen an die Gegenwart; die ältere war weit maßvoller, genügsamer, praktischer. Ihre Freiheit war ein ächt historisches Product, aus praktischen Motiven hervorgegangen, mühsam und stückweise erkämpft; nicht der Schulbegriff der Freiheit, sondern der Druck, wo er besonders fühlbar geworden war, hatte sie in's Leben gerufen. Sie war, möchte man sagen, nicht so sehr ein Begriff als eine Summe von einzelnen besonders wichtigen Rechten, daher nicht ohne Lücken und scheinbare Inconsequenzen. Diese ihre durchaus praktische Natur bewährte sich daran, daß sie sich den Umständen fügte, z. B. im Fall der Noth selbst eine

149) Geib S. 138 fl.

150) Liv. X. 9. Cic. in Verr. II. V. c. 54—57. pro Rabirio c. 4, 5: carnifex vero et obductio capitis et nomen ipsum crucis absit non modo a corpore civium Rom., sed etiam a cogitatione, oculis, auribus. Harum enim omnium rerum non solum eventus atque perpessio, sed etiam conditio, exspectatio mentis ipsa denique indigna cive Romano atque homine libero est.

151) z. B. der Grundsatz der quarta accusatio (Geib S. 116 fl. und Lange die oskische Inschrift der Tabula Bantina und die römischen Volksgerichte S. 65—86), insofern er einerseits dem Angeklagten die Gelegenheit gab, die öffentliche Meinung für sich zu gewinnen und andererseits der momentan erregten Leidenschaft des Volks Zeit ließ sich abzukühlen. Ferner der Grundsatz, daß die Aussagen der Sclaven gegen ihre Herren nicht angenommen werden sollten (Geib S. 142). Die entschiedene Tendenz der spätern Zeit (von den XII Tafeln läßt sich ein Gleiches nicht behaupten) zu milden Strafen (Platner quaest. de jure crimin. Rom. p. 75—82) ist von den Römern selbst rühmend hervorgehoben, z. B. von Liv. I. 28: nulli gentium mitiores placuisse poenas, Cic. pro Rabir. c. 3 . . . vestram libertatem non acerbitate suppliciorum infestam, sed lenitate legum munitam esse voluerunt.

vorübergehende Suspendirung willig zuließ.[152]) Höchst bezeichnend für die eigenthümliche Organisation des ältern Freiheitsgefühls ist auch die Verträglichkeit desselben mit der Censur, einem Institut, das uns bei unseren heutigen Vorstellungen von persönlicher Freiheit ganz unleidlich sein würde.[153]) Das Gesagte bestätigt sich auch an einer Art der Freiheit, die in der neuern Geschichte eine so große Rolle spielt: der religiösen Freiheit. So tolerant oder indifferent die römische Politik gegen die Culte der unterworfenen Völker war, ja so bereitwillig die Römer allen Göttern des gesammten Reichs einen Platz im Kapitol gewährten, so wenig kannten sie doch bei dem Charakter ihrer Religion als Staatsreligion den Begriff der abstracten religiösen Freiheit. Der Uebertritt zu einer andern Religion erschien ihnen nicht unter dem Gesichtspunkt, der uns so geläufig ist, nämlich als eine That und ein Recht des religiösen Bedürfnisses, sondern als ein Abfall vom römischen Staat und Wesen, und ohne daraus ein eignes Verbrechen zu bilden oder vereinzelte Fälle zu beachten, pflegte man doch, wenn die Fälle sich mehrten, und das Uebel eine allgemeinere Ausdehnung gewann, von Staatswegen einzuschreiten.[154]) Schwerlich wird irgend ein Römer daran als an einem Eingriff in die religiöse Freiheit Anstoß genommen haben, schwerlich auf die Idee verfallen sein, daß man dem Prinzip der

---

152) Ernennung eines Diktators, SCtum: videant consules, ne quid detrimenti capiat respublica.

153) Man erinnere sich (S. 52), daß der Censor Jemanden zur Rechenschaft zog z. B. wegen nachlässigen Betriebs der Landwirthschaft oder unordentlicher Wirthschaft, wegen Luxus und übertriebenen Aufwandes, eines Fehlers, gegen den mit dem Ende des sechsten Jahrhunderts, als die Macht des Censors nicht mehr ausreichte, die Gesetzgebung sich gedrungen fühlte mittelst der bekannten leges sumtuariae zu Felde zu ziehen.

154) Es gehörte dies zu den Obliegenheiten des Senats, der vorkommenden Falls die Beamten damit beauftragte. Valer. Max. I. 3. de peregrina religione rejecta. Liv. IV. 30: datum inde negotium aedilibus, ut animadverterent, ne qui nisi dii Romani neu quo alio more quam patrio colerentur XXV. 1. XXXIX. 13 ff.

Freiheit auch eine Ausdehnung auf religiöse Angelegenheiten so wie überhaupt eine Ausdehnung geben dürfe, bei der das Interesse des Staats leiden könne. Den Grund, der es den Römern ersparte über jene Art der Freiheit zu reflectiren, erblicke ich darin, daß die religiöse Freiheit überall erst durch den Druck in's Bewußtsein gebracht wird, ein solcher Druck aber in den römischen religiösen Einrichtungen gar nicht vorhanden war. Von dem ärgsten Zwange, den es geben kann, dem Glaubenszwange, von Inquisition und Ketzergerichten (wovon sich ja auch im Alterthum Spuren finden) war in Rom keine Rede; der Glaube war frei und die Verpflichtung zu dem äußern Cultus, den sacris, hatte mehr den Charakter einer vermögensrechtlichen Last als einer religiösen Nöthigung. Kein Wunder, daß der Römer sich Jahrhunderte hindurch mit diesem weiten Maß religiöser Freiheit leicht begnügen, daß selbst der Unglaube der spätern Zeit sich damit vertragen konnte; erst das Christenthum bereitete dem alten System seinen Untergang.

Wenden wir uns dem Privatrecht zu.

Das Prisma, durch welches das ältere Recht sämmtliche Verhältnisse, in denen das individuelle Leben sich bewegt, betrachtete, war der Gedanke der Herrschaft. Mochten dieselben hinsichtlich ihrer eigentlichen Bedeutung und Bestimmung für das Leben auch noch so wenig durch diesen Gesichtspunkt gedeckt oder getroffen werden, wie z. B. die Ehe, das Verhältniß des Vaters zu den Kindern, das Recht legte nur diesen Gesichtspunkt an. Daraus darf man aber nicht folgern, als wenn die Römer jene Verhältnisse lediglich als rein rechtliche aufgefaßt, die über das Recht hinausgehende höhere Bestimmung derselben gar nicht bemerkt, ihren sonstigen Inhalt für gleichgültig oder überflüssig gehalten hätten. Jene Herrschaft war das spezifisch rechtliche Element der Verhältnisse, auf dessen Auffindung und Bestimmung die juristische Analyse allein ihr Augenmerk lenkte. So wenig wie ein Chemiker, dessen Untersuchung auf Auffindung eines ganz bestimmten Bestandtheils eines Körpers gerichtet ist, Anlaß hat sich

über die Brauchbarkeit, die Bestimmung des Gegenstandes zu verbreiten, so wenig kann und darf der Jurist bei der juristischen Analyse sich ähnliche Abschweifungen von seiner Aufgabe erlauben. Er soll, wenn ich so sagen darf, den Procentgehalt der einzelnen Verhältnisse an Rechtsstoff bestimmen. Dieser Rechtsstoff findet sich häufig vermischt mit anderen Elementen, und zwar in sehr verschiedener Proportion. Bald bildet er nur einen sehr unbedeutenden, bald den überwiegenden, bald den einzigen Bestandtheil des Verhältnisses.[155]) Die juristische Untersuchung hat sich lediglich auf die Auffindung dieses Stoffes zu beschränken; je reiner sie ihn darstellt, je mehr sie also die nicht-rechtlichen Elemente ausscheidet, um so vollkommener hat sie ihre Aufgabe gelöst. In dieser nothwendigen Beschränkung eine Einseitigkeit zu finden, ist höchst verkehrt; die Bedeutung jener nicht-rechtlichen Elemente, des moralischen, national-ökonomischen, politischen u. s. w., ist damit nicht negirt, daß man es unterläßt, sie an der unrechten Stelle zu erörtern. An der rechten Stelle darf und soll man sie berücksichtigen, und es ist eine der Hauptaufgaben einer jeden historischen Darstellung des Rechts sich dieser Elemente zum wahren Verständniß desselben zu bemächtigen.

Wenn das ältere Recht das spezifisch juristische Kriterium der Rechtsverhältnisse in den Gedanken der Herrschaft setzt, so hat es damit, wie ich glaube, vollkommen das Richtige getroffen: Der Inhalt eines jeden Rechtsverhältnisses, wenn man dasselbe des Beiwerkes entkleidet und auf seinen juristischen Kern zurückführt, ist Willensmacht, Herrschaft, die Unterschiede der Rechtsverhältnisse sind Unterschiede der Herrschaft. Das Charakteristische der Rechtsverhältnisse des ältern Rechts kann also nicht darin gesucht werden, daß sie reine Herrschaftsverhältnisse sind — es hieße weiter nichts als aussagen, daß die Römer die Sache

155) Man vergleiche z. B. die Ehe mit der Obligation und rücksichtlich der juristischen Personen eine Missionsgesellschaft mit einer Handelsgesellschaft u. s. w.

juriſtiſch erfaßt haben. Das Charakteriſtiſche derſelben liegt vielmehr in der Fülle der Machtbefugniß, die ſie gewähren; darin, daß letztere eine nahezu unbeſchränkte, eine abſolute Gewalt iſt. In dieſem Punkt kommen dieſelben bei aller ſonſtigen Verſchiedenheit doch ſämmtlich überein. Man möchte ſie im weſentlichen als leere, abſtracte Formen bezeichnen, die ihren Inhalt erſt von dem ſubjectiven Willen erwarten, und die daher im einzelnen Fall je nach Verſchiedenheit der concreten Füllung die mannigfaltigſte Geſtalt annehmen können, eine abſtoßende ſowohl und ſittlich verletzende als eine anziehende und ſittlich befriedigende. Bei dieſer ihrer Weite kommt alſo alles auf den Inhalt an, den das römiſche Leben in ſie ergoß; ohne eine Feſtſtellung dieſer Frage iſt ein Urtheil über ſie gar nicht möglich.

Dieſe Unterſuchung hält man häufig gar nicht für nöthig, um ein ſittliches Verdammungsurtheil über das ganze Syſtem auszuſprechen. Die fixe Idee, von der man ſich nicht losmachen kann, iſt die: ein Mißbrauch jener Gewalt war rechtlich möglich, folglich nahmen die Römer an ihm keinen Anſtoß. Unwillkürlich folgert man aus der rechtlichen Möglichkeit des Mißbrauchs die reale Möglichkeit, die Wirklichkeit deſſelben, ohne zu bedenken, daß vieles, was dem Recht nach geſchehen könnte und dürfte, factiſch nicht durchführbar iſt.[155a]) So entſteht ein Bild von den Römern und der römiſchen Sittlichkeit, das von der Wahrheit unendlich entfernt iſt. Es möge mir erlaubt ſein, den Irrthum, den man hierbei begeht, durch einen Vergleich anſchaulich zu machen. Jene abſtracten Formen des Rechts gewähren kein Bild der Inſtitute, wie ſie im Leben wirklich beſtanden, ſondern eine bloße Silhouette. Die juriſtiſche Abſtraction hat nur die juriſtiſchen Contouren jener Verhältniſſe abzunehmen; mehr ſoll und darf ſie nicht, wie be-

155a) Wie lange dauerte es, bis die lex Canuleja, welche die Ehen der Patricier und Plebejer erlaubte, Wahrheit ward! Es fand ſich keine Patricierin, die einem Plebejer ihre Hand gegeben hätte, und als es geſchah, ſchloſſen ihre adligen Standesgenoſſinnen ſie von den sacris aus, Liv. X. 23.

reits oben bemerkt ward. So weit wie die Silhouette von dem Porträt, so weit ist dieser juristische Schattenriß von einem treuen Bilde des römischen Lebens entfernt. Hier ist keine Farbe, kein Licht, kein Schatten; der ganze physiognomische Ausdruck der Institute fehlt. Dächte man sie sich so in der Wirklichkeit, so seelenlos, so ausdruckslos, so todt: gewiß, unser Widerwille wäre völlig begründet. Aber ein Römer würde uns wegen einer solchen Vorstellung verlacht haben; er wußte, wofür er jene Silhouette zu halten habe; das Bild, das er sich von jenen Instituten machte, und das er aus der Anschauung des wirklichen Lebens schöpfte, war ein völlig anderes, enthielt eine Menge von Nüancen und charakteristischen Merkmalen, die wir zu übersehen pflegen. Von den mannigfachen *Beschränkungen* der subjectiven Gewalt, von den besonderen *Voraussetzungen*, von denen die Ausübung gewisser Rechte nicht de jure, aber de facto abhing u. s. w., von alle dem nehmen wir in der juristischen Theorie nichts wahr; der Römer hatte alles dies vor Augen. Jene abstracte Freiheit des Rechts fand factisch im römischen Leben ihr richtiges Maß und Ziel. Solange sie die richtigen Bahnen einhielt, solange sie dem *verständigen* Gebrauch diente, stieß sie auf keinen Widerstand; sowie sie diese Bahnen verließ und in Mißbrauch ausartete, begegnete ihr Widerstand von allen Seiten, hier kamen Hemmnisse, Rücksichten, Einflüsse zum Vorschein, von denen zwar das Recht nichts wußte, die sich aber darum doch nicht minder stark erwiesen. Ob eine gesetzliche Vorschrift uns zwingt oder irgend eine andere Macht, der sich ebenso wenig trotzen läßt, z. B. die öffentliche Meinung, die herrschenden Begriffe von Ehre, ist für das Resultat einerlei. Es ist nicht nöthig, daß alles, was unterbleiben soll, gerade durch das Gesetz verboten werde, die Sitte kann dasselbe bewirken, wie das Gesetz. Ja es gibt Verhältnisse und Zeiten, wo die Sitte eine weit höhere Macht ausübt, als anderwärts das Gesetz; [156]) eine solche Zeit war die,

156) Der bekannte Ausspruch von Tacitus: Plusque valent ibi boni mores, quam alibi bonae leges.

in der wir gegenwärtig stehen. Gerade im System der Freiheit scheint die Sitte das beste Gedeihen zu haben, oder richtiger: das System der Freiheit ist auf die Dauer nur da haltbar, wo die Sitte stark genug ist, den gesetzlichen Zwang zu ersetzen, und vorzugsweise bei denjenigen Völkern, bei denen jenes System zur höchsten Entwicklung gekommen ist, findet sich als Gegengewicht und Temperament derselben eine strenge, ja oft despotische Herrschaft der Sitte.[157] Die Sitte ist die Selbstbeschränkung der Freiheit; wo sie nicht kräftig entwickelt und gut organisirt ist, wo nicht die öffentliche Meinung den würdigen Gebrauch der Freiheit zu einem Ehrenpunkt zu erheben und ihn zu erzwingen versteht, da wird die Freiheit nie gedeihen.

Die Mittel, über welche die Sitte in Rom gebot, waren außerordentlich wirksame. Der Censur ist schon früher (S. 50) gedacht. Es gesellt sich hinzu die Infamie, das sittliche Verdammungsurtheil der öffentlichen Meinung, in Rom gesteigert durch den Verlust aller politischen Rechte.[158] Sodann das dem Volke zustehende Recht der Wahl der Beamten. Bei uns kann Jemand, der mit der öffentlichen Meinung gebrochen hat, zu Macht und Einfluß gelangen; bei den Römern war dies in älterer Zeit undenkbar. Wer sich sei es in seinem Privatleben sei es in seinem öffentlichen Auftreten über die öffentliche Meinung hinweggesetzt hatte, war in Rom verloren. Bei der Oeffentlichkeit, die das ganze römische Leben durchdrang, bei der Geschäftigkeit der Gegner und Mitbewerber mußte in Rom jeder, der ein öffentliches Amt vom Volke begehrte, darauf rechnen, daß seine ganze Vergangenheit den Augen und der Kritik des Volks bloß gelegt werde, und wer sich der Gunst desselben unwürdig erwiesen hatte, was

157) z. B. in England, Nordamerika, wo dies von manchen Aposteln der abstracten Freiheit nicht selten mit naivem Erstaunen und großer Unbehaglichkeit vermerkt worden ist.

158) Daher nennt Cic. pro Rosc. c. 6 ... die Frage von der Infamie eine summae existimationis et paene dicam capitis (Existenzfrage), pro Quint. c. 8 capitis causa.

hatte er zu hoffen? Rohheit und Grausamkeit gegen Frau, Kinder, Sclaven, Unbarmherzigkeit gegen Schuldner, die durch Unglücksfälle insolvent geworden waren,[158a]) kurz Handlungen, die dem Recht nach durchaus erlaubt waren, aber welche die Volksstimme mißbilligte, die Sitte untersagte, fielen bei einem Bewerber schwer in's Gewicht. Und nun gar bei den Volksgerichten! Man erinnere sich, was wir (S. 42) über den Einfluß gesagt haben, den hier die Persönlichkeit des Angeklagten und die in Bezug auf ihn obwaltende Stimmung des Volks ausübten. Es bedurfte nicht eines eigentlichen Verbrechens, um ihn vor diesen Richter zu bringen, es konnte dies Schicksal auch Jemanden treffen, der vom Standpunkte des formellen Rechts aus betrachtet durchaus in seinem Recht war, z. B. Denjenigen, der von seiner patria potestas einen unverantwortlichen Gebrauch gemacht hatte.[159]) Was half es ihm, auf sein abstractes „Recht" zu pochen, wenn das Volk, der lebendige Träger der Rechtsidee, der Ansicht war, daß er sich seines Rechts in einer Weise bedient habe, die dem Sinne desselben widerstrebe? Sein Unrecht und seine Strafwürdigkeit lag darin, daß er sich über die Sitte und das sittliche Urtheil hinweggesetzt, daß er, sich isolirend auf den beschränkten Standpunkt seines subjectiven Rechts, die schuldige Rücksicht gegen die Gemeinschaft, die ihm den Schutz desselben verlieh, außer Acht gelassen hatte.

Wie schrumpft, wenn man sich dies alles vergegenwärtigt, jene abstracte Freiheit des Privatrechts zusammen, oder richtiger gesagt wie sehr verliert sie das Unnatürliche, durch das sie uns

158a) Die dadurch hervorgerufene Aufregung und Entrüstung des Volks steigerte sich mehrmals sogar bis zu einem Aufstande, Liv. II. 23, 27. VIII. 28 und in Bezug auf die alte Personalexecution berichtet Gell. XXI. §. 52: saevitia ista poenae contemni quita non est.

159) Eklatante Fälle dieser Art konnten das Volk in der Weise erbittern, daß es nicht einmal bis zum Tage des Gerichts wartete, um seinen Gefühlen Luft zu machen. So z. B. Seneca de clementia I. c. 14. Erixonem equitem Romanum memoria nostra, quia filium suum flagellis occiderat, populus in foro graphiis confodit. Vix illum Augusti Caesaris auctoritas infestis tam patrum, quam filiorum manibus eripuit.

bei oberflächlicher Betrachtung so sehr abstößt. Die leere Tafel der abstracten Freiheit bedeckt sich mit allerhand Limitationen, Voraussetzungen, Beschränkungen, die nicht minder wirksam sind, als wenn das Gesetz selbst sie aufgestellt hätte. Die energische Kraft der Sitte, der Censor, die Wahlcomitien, die Volksgerichte, das gesammte römische Leben mit allen seinen thatsächlichen Gewalten bildet den in der Regel übersehenen Subtrahend des abstracten Rechts, und wir brauchen nur die Subtraction vorzunehmen, um ein sehr verständiges praktisches Resultat zu gewinnen. Dasselbe lautet folgendermaßen: Der Einzelne hat die ihm anvertraute absolute Gewalt nur zum Zweck des *richtigen*, nicht zum Zweck des rein *willkürlichen* Gebrauchs. Der Staat verbietet aber den Mißbrauch nur soweit, als derselbe *absolut und unbedingt* verwerflich ist, d. h. solche Aeußerungen der subjectiven Gewalt, die schlechthin, mögen die Voraussetzungen sein, welche sie wollen,[160] nicht zu dulden sind, nicht aber diejenigen, die nur *hypothetisch* sich als Mißbrauch qualificiren lassen.[161] Um *sie* zu verbieten, müßte das Gesetz in ein unübersehbares Detail von Voraussetzungen und Möglichkeiten eingehen und würde doch Gefahr laufen bald zu wenig, bald zu viel zu thun. Ein richtiges Urtheil hierüber ist nur im *concreten* Fall möglich, bleibt also dem Urtheil des Subjects überlassen. Ein Mißbrauch dieses dem Subject geschenkten Vertrauens wird zwar nicht durch das *Gesetz* verhindert oder bestraft, aber die Stelle des todten Gesetzes vertritt hier als lebendiges Gesetz, das sich ganz dem concreten Fall anschmiegt, der Censor, das Volk und, wie

160) Derartige Beschränkungen sind die über den Verschwender verhängte Entziehung der Vermögensverwaltung, die Beschränkung des dem Vater zustehenden Rechts, den Sohn zu verkaufen, auf dreimalige Ausübung, das Zinsmaximum u. a. m.

161) Beispielsweise Verhängung der Todesstrafe über den Sohn von Seiten des Vaters, Auflösung der Ehe von Seiten des Mannes. Sie können durchaus gerechtfertigt und umgekehrt gar nicht zu entschuldigen sein; jenes, wenn der Sohn ein todeswürdiges Verbrechen begangen, die Frau die Ehe gebrochen, dieses, wenn gar kein oder kein hinreichender Grund vorliegt.

wir unten sehen werden, hinsichtlich der familienrechtlichen Gewalten die Familie.

Daß die subjective Freiheit nicht aus einer solchen Anschauung *hervorgegangen* sein mag, gebe ich gern zu, ist aber völlig gleichgültig; genug in der Blüthezeit der Republik erscheint sie thatsächlich in dieser Weise moderirt und sittlich gerechtfertigt, und wir werden bei einem ihrer Hauptausflüsse, der hausherrlichen Gewalt, die beste Gelegenheit haben zu zeigen, wie weit die wahre praktische Gestalt des Verhältnisses von der abstracten juristischen Formulirung abwich. Daher erschien denn, um ein Beispiel für eine frühere Behauptung zu geben, die patria potestas einem Römer, der dieselbe aus dem Leben kannte, nicht als das nackte und in seiner Nacktheit unsittliche Recht, die Kinder zu verkaufen, enterben, tödten u. s. w., sondern als eine durch die thatsächlichen Voraussetzungen des Lebens begränzte und bestimmte *Erziehungsgewalt* und Oberhoheit des Vaters. Ja das rechtliche und das sittliche Element des Instituts waren hier für die gewöhnliche Vorstellung gewiß so miteinander verwachsen, und im natürlichen Lauf der Dinge kam auch ein Anlaß, sie scharf zu trennen, so selten vor, daß bei einzelnen Einrichtungen der Laie zweifelhaft sein konnte, ob das Recht oder die Sitte es so mit sich bringe. Einen schlagenden Beleg für diese Behauptung gibt das römische Familiengericht, ein Institut, dessen amphibienartige Natur unverkennbar ist und unseren Rechtshistorikern bei dem von vornherein verfehlten Versuch, die sich daran knüpfenden Fragen in *juristischer* Weise d. h. als *Rechts*fragen zu behandeln und scharf zu beantworten, nicht wenig zu schaffen gemacht hat.

Das Charakteristische der Verhältnisse des ältern Privatrechts bestand demnach nicht sowohl darin, daß sie als *Machtverhältnisse* erfaßt wurden (auch unsere heutige Wissenschaft setzt das praktische Wesen des Rechts in den Machtbegriff[162]), als in der

162) Ueber die Berechtigung dazu s. §. 36. Ob freilich der Machtbegriff

Fülle ihres Machtgehaltes. Der letzte Grund davon lag in dem Prinzip des subjectiven Willens (§. 10—12), in dem Gedanken, daß der Einzelne selber der Grund und die Quelle seines Rechts und folglich sein eigner Gesetzgeber (αὐτὸς νόμος) ist. Seine Verfügungen tragen für die Sphäre seines Machtgebietes denselben Charakter an sich, wie die des Volks für die seinige; beide sind leges, die einen leges privatae, die andern leges publicae, beide stehen sich hinsichtlich des Grundes ihrer Berechtigung völlig gleich. Für sein Haus und seine Privatinteressen hat der Hausherr ganz dieselbe gesetzgebende und richterliche Gewalt, wie das Volk für die Verhältnisse, die das Gemeinwesen betreffen. Wir werden die dem ältern Privatrecht zu Grunde liegende Auffassung am richtigsten wieder geben, wenn wir sie als die Idee der Autonomie bezeichnen. Nur soweit die Rücksicht auf das Gemeinwesen dies unabweisbar erfordert, greift die lex publica beschränkend in das Gebiet der Privatgesetzgebung ein. Diese Beschränkungen sind verglichen mit denen des spätern Rechts von geringem Belang; es gehörten Jahrhunderte dazu, um die alte Anschauungsweise und die daraus hervorgehende Scheu vor der Beschränkung der privatrechtlichen Freiheit zu vernichten.

So geht denn der Zug der höchsten Anspannung des Machtbegriffs durch alle Institute des ältern Privatrechts hindurch. Die Herrschaft des Hausherrn über seine Hausgenossen: Weib, Kinder und Sklaven, die des Gläubigers über seinen Schuldner, die des Eigenthümers über sein Eigen, vor allem wenn er darüber im Testament disponirt, sie alle athmen ganz denselben Charakter einer fast schrankenlosen Machtfülle. Nur die hausherrliche Gewalt fordert uns zu einer eingehenderen Betrachtung auf (§. 32), für die übrigen Verhältnisse werden einige wenige Bemerkungen genügen.

Für das Erbrecht ist der Satz der XII Tafeln, welcher der

---

im Stande ist, das wirkliche Verständniß des Rechts zu erschließen, darüber s. III. 301 ff.

Dispositionsbefugniß des Testators unbegränzte Freiheit einräumte, schon früher (Note 53) mitgetheilt. „Was er bestimmt, ist Rechtens!“ Solch ein Satz hat, soweit die Geschichte Kunde gibt, noch bei keinem Volk bestanden, weder vor Rom, noch nach Rom. Daß er die Möglichkeit eines empörenden Unrechts gegen die Familie einschloß, wer möchte es läugnen? Aber von der abstracten Möglichkeit bis zur Wirklichkeit war doch ein weiter Schritt. Bei einer gesunden, kräftigen Entwicklung des Familiensinnes beharrt das Vermögen trotz aller Freiheit der testamentarischen Disposition doch in den Bahnen, welche die Natur ihm vorgezeichnet hat, es bleibt bei der Familie, und in welchem Maße diese Tendenz, das Vermögen der Familie d. h. dem Mannsstamm zu erhalten, das römische Leben durchdrang, davon legen manche Spuren Zeugniß ab.[163] Die freie Dispositionsbefugniß des jeweiligen Inhabers konnte, statt diesem Zweck verderblich, umgekehrt ihm förderlich werden; den verschwenderischen oder mißrathenen Sohn enterbte der Vater, indem er ihm lediglich den nöthigen Lebensunterhalt zuwies, während er den Stamm des Vermögens dem Bruder zuwandte, zu dem er sich versehen konnte, daß er den Wohlstand, die Ehre, den Glanz der Familie erhalten und erhöhen werde.[164] Das erlaubte die römische Moral nicht bloß, das wollte sie! Ein gewisse Garantie gewährte auch die Form des Testaments. Solange der Inhalt desselben, wenn auch aufgezeichnet, vor den Zeugen verlautbart werden mußte, war letzteren, die doch regelmäßig dem Testator näher stehende Personen gewesen sein werden, Gelegenheit ge-

163) Die Frauentutel, die Beschränkung des testamentarischen und Intestaterbrechts der Frauenzimmer so wie der Höhe der Legate, die cura prodigi, das Einschreiten der Censoren (sie stießen z. B. den C. Antonius aus dem Senat, weil er Schulden halber seinen Grundbesitz veräußert hatte, Ascon. ad orat. de toga cand. Orell. p. 84).

164) Val. Max. 3, 5 §. 2: quem nimia patris indulgentia heredem reliquerat. Dolenter enim, fügt er hinzu, homines ferebant, pecuniam, quae Fabiae gentis splendori servire debebat, flagitiis disjici.

geben, ihn durch Vorstellungen und Zureden von verwerflichen Dispositionen abzubringen.

Dieselbe Freiheit der Verfügung, wie im Testament, hat der Eigenthümer auch unter Lebenden.[164a]) In keinem Rechte ist die Idee der absoluten Herrschaft über die Sache in der Schärfe zur Verkörperung gelangt, als im römischen Eigenthum; absolut, sowohl in Hinblick auf den Schutz (reivindicatio) als auf den Inhalt des Eigenthums. Daß dieser Inhalt bei unbeweglichen Sachen der praktischen Möglichkeit angepaßt worden ist, daß also der Grundeigenthümer gewisse Dinge im Interesse seiner Nachbarn leiden oder unterlassen muß, die, wenn man sich das Grundstück dächte als das, was es nicht ist: als eine mit den benachbarten Grundstücken außer allem Zusammenhang stehende Sache nach Art der beweglichen, dem abstracten Herrschaftsbegriff widersprechen würden — darin wird Niemand einen Widerspruch gegen unsere Behauptung finden wollen![165]) Dagegen bewährt sich die Freiheit des Privateigenthums oder allgemeiner gesprochen: der Grundsatz der unbeschränkten Autonomie auf dem Gebiet des Verkehrs in folgenden Anwendungen:

1) in der freien Veräußerlichkeit des Eigenthums. Dem ältern Recht ist jenes eigenthümliche durch die gesetzlichen Veräußerungsverbote geschaffene Zwitterinstitut zwischen Eigenthum und

---

164a) Rücksichtlich unbeweglicher Sachen nimmt Rudorff Schriften der römischen Feldmesser II. 302 fl. für die älteste Zeit die Unveräußerlichkeit an; s. dagegen die Vorrede zur Abth. 2 dieses Bandes, S. XIV fl.

165) Ueber diese durch die Natur der Sache gebotene Verschiedenheit der Eigenthumsgestaltung bei beweglichen und unbeweglichen Sachen habe ich mich schon an einem andern Orte ausgesprochen, Jahrbücher für Dogm. VI. S. 83 fl. Die Uebersicht der s. g. gesetzlichen Beschränkungen des Grundeigenthums, die ich in der ersten Aufl. an dieser Stelle gegeben hatte, halte ich aus dem im Texte angegebenen Grunde nicht mehr für nöthig, sie enthalten in Wirklichkeit nicht sowohl Beschränkungen, als vielmehr die Gränzen des Grundeigenthumsbegriffs. Ueber die Sicherung der Freiheit des Grundeigenthums gegen die Gefahr einer übermäßigen Belastung s. §. 33.

Nießbrauch, jene Lähmung der einen Seite des Eigenthums, die dem Eigenthümer zwar das Recht der Nutzung und der Vindication läßt, ihm aber das der Dispoſition entzieht, völlig unbekannt. Niemand kann eine vom Eigenthümer geſchehene Veräußerung anfechten, weder die Gläubiger, noch die nächſten Erben, Niemand ſie unterſagen oder verhindern, auch die Obrigkeit nicht. Jemanden als Eigenthümer anerkennen und die Handlung, die er in dieſer Eigenſchaft vorgenommen, für unwirkſam erklären, wäre den alten Römern als etwas Ungeheuerliches erſchienen, das einzige dem ältern Recht bekannte Veräußerungsverbot, das der Widmung einer ſtreitigen Sache an den Tempel,[166]) zog daher bloß Strafe, keine Nichtigkeit nach ſich. Nur bevormundete Perſonen konnten nicht veräußern; aber hier war nicht ſowohl das Eigenthum beſchränkt als vielmehr ſie ſelber. In der Vormundſchaft war denn auch das Mittel gegeben, dem Verſchwender, der die Mahnung des Cenſors unbeachtet gelaſſen hatte, rechtlich die Hände zu binden. Aber ein partieller Eingriff der Vormundſchaftsidee in die Freiheit des Eigenthums, wie ihn z. B. das Verbot der Veräußerung des fundus dotalis oder das Familienfideicommiß enthält, war dem älteren Rechte ein unfaßbarer Gedanke. Was der Eigenthümer war, war er ganz und ward ihm durch das Geſetz nicht verkümmert; dem Mißbrauch ſeines Rechts ſteuerten andere Mittel als Verbote, ſo z. B. der alienatio in fraudem creditorum die Ausſicht auf Perſonalexecution; erſt als letztere ihre Schrecken verloren hatte, ward eine actio Pauliana nöthig.

Eine Anwendung des Prinzips der freien Veräußerlichkeit bei unbeweglichen Sachen beſtand

2) in der freien Theilbarkeit des Grundeigenthums, welche, ſoviel wir wiſſen, von den Römern nie geſetzlich beſchränkt worden iſt. Es wäre nicht unmöglich, daß die Einrichtung des Cenſusregiſters eine Zerſplitterung der urſprünglich als

166) l. 3 de litig. (44. 6).

Einheiten eingetragenen Grundstücke ausgeschlossen hätte, wenigstens würde sich auf diese Weise erklären, wie die alten Landloose von 7 Jugera sich noch bis in die spätere Zeit hinein zu erhalten vermochten.[167])

Der unverkümmerten Befugniß zur Veräußerung entspricht auf der entgegengesetzten Seite

3) die unbeschränkte Befugniß zum Erwerbe. Beschränkungen der persönlichen Erwerbsfähigkeit in Handel und Gewerbe durch Monopole oder Zunfteinrichtungen, wie sie unser heimischer Boden in so reicher Zahl getragen hat, sucht man in Rom vergebens. Jeder konnte treiben, wozu er Fähigkeit und Lust hatte; die einzige Ausnahme, die davon in späterer Zeit gemacht ward, bestand meines Wissens in dem Verbot des Handels für Senatoren. Jene Vormundschaft des Staats, welche jedem einzelnen Beruf seine Erwerbsquellen sichern will und in ihrer Fürsorge, die Quellen des Pauperismus zu verstopfen, sogar so weit geht, daß sie dem Menschen zwei Rechte verkümmert, die mit ihm geboren, indem sie die Eingehung der Ehe und die Wahl des Aufenthaltsortes an den Nachweis von Subsistenzmitteln knüpft — jene Vormundschaft und das römische Gefühl der persönlichen Unabhängigkeit waren unvereinbare Gegensätze. Auch der römische Staat suchte der Armuth zu steuern, aber in ganz anderer Weise als durch Beschränkungen der persönlichen Freiheit (§. 34).

Ebensowenig gab es künstliche Schranken rücksichtlich der Sachen. Kein Familienfideicommiß erhielt mühelos das Gut der Familie, dafür mußte sie selber sorgen durch eigene Thätigkeit und Anstrengung, keine Lehnsverfassung monopolisirte den Grundbesitz zu Gunsten einer bevorzugten Kaste — Jeder

167) Daraus, „daß selbst nach dem Tode des Vaters sich häufig die Söhne mit ihren Familien nicht von einander trennten und gemeinsam das Erbgut bebauten" (Roßbach Unterss. über die röm. Ehe S. 429) läßt sich jene Erscheinung nicht erklären; ein solches Gemeinsamkeitsverhältniß ließ sich kaum 2—3 Generationen hindurch fortsetzen, geschweige Jahrhunderte lang.

konnte Jedes erwerben. Nur was der Gemeinde oder den Göttern gehörte, war dem Privatbesitz entzogen (res extra commercium).

Das Prinzip der absoluten Freiheit des Verkehrs ist vom ältern Recht nur in zwei Beziehungen durchbrochen. Zuerst durch die lex Licinia Sextia aus dem Jahre 387 d. St. im Interesse des kleinen freien Bauernstandes, um dem Ueberhandnehmen der Plantagenwirthschaften, wie Mommsen sie treffend bezeichnet, zu steuern.[168]) Das Gesetz enthielt drei Beschränkungen, die erste setzte als Maximum des in einer Hand zu vereinigenden Grundbesitzes, sowohl des ager privatus als ager publicus, das Maß von 500 Jugera fest, aber wohl bemerkt, ohne dem Mehrbesitz den rechtlichen Charakter zu entziehen — es verbot, es strafte ihn, aber es machte ihn juristisch nicht unmöglich, war also in heutiger Sprache gesprochen[169]) eine Polizeimaßregel, welche die Rechtsgrundsätze, das Prinzip des Eigenthums unangetastet ließ. Die zweite und dritte betrafen das Maximum des zu haltenden Viehs und die Zahl der neben den Sklaven zu beschäftigenden freien Arbeiter.

Die zweite Schranke bezog sich auf den Geldverkehr, sie sollte dem Wucher steuern — ein Problem, mit dessen Lösung die römische Gesetzgebung und Verwaltung Jahrhunderte lang sich abmühte, ohne ihr Ziel recht zu erreichen. Auf den Ernst dieser social und politisch gleich gewichtigen Frage ist bereits oben (S. 71) aufmerksam gemacht. Es hat kein Interesse für unsern Zweck, die Geschichte der römischen Zinsbeschränkungen zu verfolgen, dagegen verdient um so mehr hervorgehoben zu werden, daß auch sie den Charakter von Polizeimaßregeln an sich trugen, welche den Grundsatz der freien Autonomie gesetzlich nicht alterirten, d. h. das Zinsversprechen war auch über das gesetzliche

168) Huschke Ueber die Stelle des Varro von den Liciniern. Rudorff Röm. Rechtsgeschichte I. §. 15.

169) In römischer Sprache eine lex minus quam perfecta.

Maß hinaus juristisch gültig und klagbar, aber den Verächter des Gesetzes traf Strafe. [170])

Im übrigen entfaltete sich gerade auf dem Gebiete des Obligationsrechts, nämlich im alten Schuldrecht, der Gedanke der privatrechtlichen Macht und Herrschaft mit der äußersten Schroffheit und Rücksichtslosigkeit.

Die Macht, welche die Obligation dem Gläubiger über den Schuldner gewährte, richtete sich in consequenter Durchführung der persönlichen Natur des Anspruchs lediglich gegen die Person desselben, ohne das Vermögen im mindesten zu ergreifen, aber sie erfaßte die Person in ihrer Wurzel. Execution der Schuld bedeutete Vernichtung der Persönlichkeit des Schuldners: der *rechtlichen*, wenn nur Ein Gläubiger vorhanden war (Verkauf als Sklave in die Fremde), der *physischen*, wenn ihrer mehrere vorhanden waren (das in partes secare der XII Tafeln d. i. Zerfleischen des Schuldners). Beide Executionsmittel gaben den erbitterten Gläubigern Gelegenheit zu furchtbarer Rache, und es ist gewiß statthaft, diesen Gesichtspunkt der Rache mit hervorzuheben; aber zunächst hatten sie doch nur den Zweck, den Schuldner und seine Familienangehörigen zur Zahlung zu zwingen. Je unabhängiger der Schuldner hinsichtlich seines *Vermögens* dem Gläubiger gegenüber dastand, je weniger letzterer ein *directes* Mittel hatte, dolose Veräußerungen seines Schuldners zu verhindern, um so mehr mußte er auf indirectem Wege dagegen gesichert sein; je weniger der Gläubiger *wider* Willen des Schuldners Zahlung erzwingen konnte, um so mehr bedurfte es eines ausreichenden Mittels auf den Willen des Schuldners einzuwirken. Böswillige und betrügerische Machinationen zum Nachtheil der Gläubiger, die heutzutage in den seltensten Fällen vereitelt werden können, fielen nach dem ältern römischen Executionssystem auf den Schuldner selbst zurück. Es konnte hier

170) Manus injectio auf's Vierfache (III. 112 fl.) und öffentliche Anklage wegen Wuchers Liv. 10, 23.

gegen den Willen des Gläubigers nicht vorkommen, daß der Schuldige der verdienten Strafe entging. Freilich konnte auch den völlig Schuldlosen, der durch Unglücksfälle zahlungsunfähig geworden war, dieselbe Strafe treffen. Auch hier lasse man sich durch die bloße abstracte Möglichkeit nicht schrecken; im Leben gestaltete sich die Sache ganz anders, als man nach dem abstracten Rechte glauben könnte. Jenes Zerfleischen des Schuldners soll nach dem Bericht der Römer nie vorgenommen worden sein.[198] War es dann etwa ein leeres Schreckmittel? Sicherlich nicht! Ein Schuldner, der im Vertrauen darauf, daß die Gläubiger nicht wagen würden, eine so unmenschliche Strafe an ihm zu vollziehen, ihnen getrotzt und ihnen, was an Zahlmitteln in seiner Hand war, vorenthalten hätte, würde bald zu seinem Schaden des Gegentheils inne geworden sein. Die Gläubiger brauchten ihn nicht sofort zu viertheilen, sie konnten erst einmal den Versuch machen, welchen Eindruck das Abschneiden eines einzelnen Körpertheils, der Ohren, Nase u. s. w. auf ihn machen werde: »si plus minusve secuerint, sine fraude esto!« Bevor es an die Arme und Beine kam, war sicherlich der Trotz gebrochen und die verborgene Habe des Schuldners zu Tage gebracht oder das Mitleiden der Verwandten und Freunde zur thätigen Beihülfe angespornt. Wo dieser Erfolg nicht erreicht ward, konnte dies als Beweis gelten, daß von

198) Gell. 20. 1. Nihil profecto immitius, nihil immanius, nisi ut re ipsa apparet eo consilio tanta immanitas poenae denunciata est, ne ad eam unquam perveniretur .... dissectum esse antiquitus neminem equidem neque legi, neque audivi (dem Africanus in den Mund gelegt). Wenn man aber dem Gesetz selber die auf das physische Zerfleischen des Schuldners gerichtete Intention hat absprechen wollen, indem man das »in partes secare« auf Theilung des Vermögens bezog, so ist das eine Idee, welche nicht bloß mit den Berichten der Römer und dem ganzen Zusammenhang des Gesetzes in offenen Widerspruch tritt (wie gut gezeigt ist von dem Philologen Emanuel Hoffmann, Das Gesetz der XII Tafeln von den Forcten und Sanaten, Wien 1866 S. 63—66), sondern von einer völligen Unfähigkeit zeugt sich in ein Recht hineinzudenken, das aus praktischen nicht minder wie aus psychologischen Gründen jene äußerste Strenge gegen den Schuldner postulirte, und das damit keineswegs einzig dasteht.

einem solchen Schuldner nichts zu hoffen war, und da wird wohl die Furcht vor der Erbitterung des Volks die Gläubiger von der Fortsetzung der „peinlichen Frage," wie man diese Art der Execution nennen könnte, abgehalten haben. Mit dem Verkauf in die Fremde hatte es wohl eine ähnliche Bewandtniß. Als Schreckmittel für einen zahlungsfähigen, aber zahlungsunlustigen Schuldner reichte er vollkommen aus, bei verschuldeter Insolvenz mochte er oft genug wirklich zur Ausführung kommen, da hier eine Nachsicht von Seiten des Gläubigers oder eine Beihülfe von Seiten der Verwandten, Freunde u. s. w. vielleicht eben so selten, wie umgekehrt bei unverschuldeter Insolvenz regelmäßig zu erwarten war. Damit wollen wir das Loos des Schuldners in letzterm Fall keineswegs mit schönen Farben malen, denn die Aussicht auf die Gefahr, die ihm drohte, brachte ihn ganz in die Hand des Gläubigers, und daß die Römer sich einer solchen Gewalt mit Schonung und Humanität bedient hätten, wird auch dem eifrigsten Verehrer derselben nicht einfallen zu behaupten. Vielmehr ist es begreiflich, daß der Gläubiger dem Schuldner das wenige, was er besaß und erwarb, entzog, [199]) ja ihn selbst zu persönlichen Dienstleistungen zwang, [200]) — alles dies aber nicht erst in Folge der Execution, sondern vor Eintritt und zur Abwehr des Schlußresultates derselben.

199) Von einer solchen dem Rechte nach unwirksamen, aber factisch den Zweck erreichenden Beschlagnahme des Vermögens der Schuldner, namentlich der abwesenden, ist bei Livius öfter die Rede, so z. B. II. 24 . . ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret aut venderet.

200) Sei es bloß zu vorübergehenden einzelnen, wodurch die Freiheit nicht afficirt wurde, sei es zu einem dauernden Zustand der Dienstbarkeit der den Genuß der politischen Rechte suspendirte. Varro de re rust. 1, 17 sagt, man gebrauche zum Landbau außer den Sklaven auch freie Personen, und zwar Tagelöhner; oder: ii quos obaeratos (al. obaerarios, nicht Verurtheilte, Abdicirte, sondern Verschuldete) nostri vocitaverunt et etiam nunc sunt in Asia atque Aegypto et in Illyrico complures. Varro L. L. 7, 5 §. 105: Liber qui suas operas in servitute pro pecunia quadam debebat, dum solveret, nexus vocatur ut ab aere obaeratus. Auch die Kinder der Schuldner nahm man in Ermangelung ihrer selbst,

2. Die hausherrliche Gewalt insbesondere.

Das Haus ein Asyl — äußere und innere Abgeschlossenheit desselben. — Die drei Gewalten des Hauses (über Sklaven, Kinder, Frauen) — abstract-rechtlicher Inhalt derselben — thatsächliche Gestalt der Sklaverei im römischen Leben.

> Quid est sanctius, quid omni religione munitius quam domus unius cujusque civium? Hic arae sunt hic foci, hic dii penates, hic sacra, religiones, ceremoniae continentur.
>
> Cic. pro domo c. 4.

XXXII. Das Haus hat für die privatrechtliche Herrschaft eine hohe Bedeutung. Es ist nicht bloß der Ursitz derselben und ihr ursprüngliches Territorium, daher verlangt die römische Sitte bei der Hochzeitsfeierlichkeit die Aufnahme der Frau in das Haus des Mannes (deductio in domum) [204] — sondern es behält auch, nachdem sie selbst sich weit über die engen Gränzen desselben

---

Liv. 2, 24 . . neve liberos nepotesve moraretur. 8,28: cum ob aes alienum paternum se nexum dedisset und liberumque suorum respectu. Von der beim alten Executionsverfahren vorübergehend vorkommenden Fesselung ohne Verpflichtung zur Dienstbarkeit war dieser dauernde durch Vertrag (nur freilich nicht Selbstmancipation) begründete, die Execution abwehrende Zustand der Dienstbarkeit innerlich verschieden, wenn gleich äußerlich sehr ähnlich, da auch die Fesseln der XII Tafeln nicht fehlten. Der Vertrag stützte sich auf das gesetzlich anerkannte jus paciscendi (Note 131). Die lex Poetelia Papiria (Liv. 8, 28) hob das nexum in diesem Sinn (nicht in dem einer liquiden Schuld) auf. Die Worte: »bona debitoris, non corpus obnoxium esset« bei Livius sind nicht auf die Execution, sondern auf jenes pacisci zu beziehen: „Gegenstand desselben soll nicht der Leib, sondern das Vermögen des Schuldners sein." Soweit die Schuldner auch jetzt noch durch Dienstleistungen an den Gläubiger ihre Schuld abzuverdienen suchten, woran sie Niemand hinderte, blieben sie wenigstens frei, behielten den Genuß ihrer politischen Rechte und konnten, wenn der Gläubiger sie schlecht behandelte, jeden Augenblick die Dienstleistungen sistiren. Zu einer ähnlichen Ansicht gelangt auch Burchardi Lehrbuch des röm. Rechts. Th. 2. §. 129.

204) L. 5. i. f. de R. N. (23. 2) . . deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii.

ausgedehnt hat, einen beſonders ausgezeichneten Charakter für ſie bei, der ſich dem Vermögen, welches das Haus in ſich birgt, mittheilt. In dieſer räumlichen Gemeinſchaft der Perſonen und Sachen, in dieſer Beſtimmung der Sachen für die unmittelbare perſönliche Exiſtenz und das Familienleben liegt für die Sache ſelbſt ein ſittliches Moment, das dem von dieſer Aeußerlichkeit losgeriſſenen Vermögen völlig abgeht. [205])

Die hervorragendſte Stelle nimmt unter ihnen das Haus ſelber ein. An das Haus knüpft das natürliche Gefühl die Vorſtellung eines beſondern Friedens, der hier herrſchen ſoll, eines

---

205) Beruht auf dieſer Vorſtellung vielleicht der Gegenſatz der beiden Ausdrücke, mit denen das ältere Recht das Vermögen bezeichnet: familia und pecunia? Der etymologiſche Ausgangspunkt von familia iſt das Haus (Note 214), von pecunia das pecus als älteſtes bewegliches Werthobject, wovon auch peculatus d. i. die Aneignung des als multa gegebenen Viehs und peculium, urſprünglich das Kleinvieh der Sklaven (I. 242), dann das factiſche Vermögen der hausunterthänigen Perſonen, das aber nur als Werthobject, als pecunia, nicht aber als häusliche Baſis ihrer Exiſtenz, als familia charakteriſirt werden konnte. Vom Vermögen des Volks wird ebenfalls pecunia gebraucht, nicht familia, es hat keine Beziehung zum Hauſe und zur hausherrlichen Gewalt, ſondern iſt wiederum nur bloßes Werthobject. Auch im engliſchen Recht iſt das Hausthier der etymologiſche und hiſtoriſche Ausgangspunkt einer beſondern Sphäre des Vermögens geworden (chattels real und personal von catalla, chattels Hausthiere, fahrende Habe) im Gegenſatz des Grundeigenthums (freehold). Gundermann Engl. Privatrecht I. 146. Im altruſſiſchen Recht beginnt die Abgabe an den Staat (Obrok, wörtlich Koſt, Lebensmittel) mit der Naturalleiſtung in Vieh, dann Pelzwerk u. a., an deren Stelle dann zuletzt das Geld tritt, während der Name bleibt, Ewers Das älteſte Recht der Ruſſen, Dorpat 1826, S. 36 — 38. Gegen die Zurückführung des Begriffs der »familia« auf die »famuli« (ſo noch Bethmann-Hollweg Der Civilproceß des gemeinen Rechts I. S. 136) ſpricht, daß bei jener Doppelbezeichnung des Vermögens gerade das Wichtigſte: Haus und Hof ausgelaſſen worden wäre. — Eine praktiſche oder legislative Anerkennung der obigen ethiſchen Bedeutung des Hauſes (das römiſche Geſinde: die Sklaven mit inbegriffen) ſ. in der Verfügung von Conſtantin in l. 22 Cod. de adm. tut. (5. 37), welche dem Vormund den Verkauf der familia im obigen Sinne verbietet, der pecunia in jenem Sinne verſtattet.

Asyls, das dem Bewohner einen Schutz gegen die Außenwelt gewähren soll. Nirgends empfindet die Persönlichkeit Verletzungen so schwer als hier; je mehr dieselben mit dem Frieden contrastiren, den sie hier gewohnt ist zu finden, um so bitterer die Kränkung.[205a]) Das Verlangen nach Selbständigkeit und Unabhängigkeit, dem die Außenwelt so oft die Gewährung versagt, hier sucht und verlangt es um so mehr seine Befriedigung; in diesem Zustande der räumlichen Abgeschiedenheit und des natürlichen Für-Sich-Seins ist auch das Gefühl der rechtlichen Abgeschiedenheit und des rechtlichen Für-Sich-Seins d. i. der rechtlichen Persönlichkeit ganz besonders wach und rege. Es gehört zu den bedenklichsten Seiten unserer deutschen socialen und ökonomischen Zustände, daß der Besitz eines eigenen und allein bewohnten Hauses nicht bloß in der Arbeiterbevölkerung, sondern selbst in der gebildeten Klasse in allen größeren Städten mehr die Ausnahme als die Regel bildet — in dem eigenen Hause steckt ein Stück von dem Charakter des Menschen.

Die Vorstellung von dem Frieden des Hauses hat in manchen Rechten in der gesetzlich anerkannten Unverletzlichkeit des Hauses ihren Ausdruck gefunden und so auch im ältern römischen Recht. Zu dem oben ausgeführten Gesichtspunkt gesellte sich für Rom noch ein anderer hinzu, der das römische Haus zu einem Heiligthum im eigentlichen d. i. religiösen Sinn machte und ihm den Charakter eines durch die Religion geschützten Asyls verlieh. Das römische Haus ward nicht bloß von Menschen bewohnt, sondern auch von Göttern, es war der Tempel der Vesta und der Sitz der Penaten. Den Hausherrn, ihren Priester, mit Gewalt aus seinem Hause zu ziehen, wäre eine Versündigung gegen sie gewesen und war daher durch das fas wie das jus gleichmäßig unter-

---

205a) Daher die Betonung des Hauses in den Bestimmungen des späteren Rechts über die Tödtung des Ehebrechers Collat. leg. mos. 4, 12, §. 1 . . domi suae vel generi sui deprehensum §. 6. ita demum si eum mod i suae deprehendat.

ſagt.[206]) Ja es war ſogar zweifelhaft, ob man Jemanden auch ohne alle Anwendung von Gewalt aus ſeiner Wohnung vor Gericht fordern dürfe.

Hausſuchungen ſchienen den Römern hiermit nicht in Widerſpruch zu ſtehen, denn es hatte nicht bloß in dem der dritten Periode angehörigen Verfahren der quaestiones perpetuae[207]) der öffentliche Ankläger das Recht, ſie überall vorzunehmen, wo er relevante Documente und Hausbücher, deren Beſitz abgeläugnet wurde, vermuthete, ſondern in den XII Tafeln ward ein privatrechtlicher Fall derſelben ausdrücklich hervorgehoben, die Hausſuchung nach geſtohlenen Gegenſtänden.[208]) Die Widerſetzlichkeit

---

206) Durch das fas: Cicero pro domo c. 41: Hoc perfugium est ita sanctum, ut inde abripi neminem fas sit. Durch das jus: L. 18 de in jus voc. (2. 4.) Plerique putaverunt nullum de domo sua in jus vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit eumque, qui inde in jus vocaret, vim inferre videri L. 21 ibid. Sed etsi qui domi est interdum vocari in jus potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet.

207) Geib Geſchichte des röm. Krim. Prozeſſ. S. 354. Die Beiſpiele ſind aus Cicero's Zeit, aber nichts deutet darauf hin, daß es früher anders geweſen.

208) Gaj. III. 186 ſf. Das Geſetz kannte zwei Arten: die moderne oder unfeierliche, bei welcher der Suchende bekleidet war, und die, wenn ſie die Auffindung der geſtohlenen Sache zur Folge gehabt, die Strafe des triplum nach ſich zog (act. furti concepti; davon Gaj. §. 186, 191), und eine uralte für den Suchenden unbequeme, bei der er nackt, bloß mit einem Schurzfell gegürtet und mit einer Schüſſel verſehen (II. §. 47 vor Note 757 im Text) zu erſcheinen hatte (per licium et lancem), welche die Strafe des quadruplum nach ſich zog; Gaj. §. 192, 193. Dieſelbe ſtammt wahrſcheinlich aus der Urzeit der indogermaniſchen Völker, da ſie ſich nicht bloß bei den Griechen, ſondern auch den nordiſchen Völkern wiederholt. J. Grimm in der Zeitſchrift f. geſch. R. W. II. S. 91. Sie weiſt ihrer erſten Entſtehung nach auf eine tropiſche Zone hin — in Grönland oder Island wäre ſie nicht entſtanden! und in Norwegen ward der Gurt mit dem Hemd vertauſcht (Grimm a. a. O.) — und gewährt für die Frage von dem Urſitz der indogermaniſchen Völkerfamilie einen intereſſanten Anhaltspunkt. Der Verdächtige konnte auf dem alten Brauch beſtehen, aber man ſuchte ihn davon abzuhalten, indem man ihm bei der modernen Form eine geringere Strafe

des Verdächtigen gegen die Vornahme der Hausſuchung hatte das Geſetz gar nicht vorgeſehen; ging die Meinung des Geſetzes etwa dahin, daß der Widerſtand durch Anwendung von Gewalt beſeitigt werden ſolle? Ein ſolcher gewaltſamer Einbruch in das Haus hat etwas höchſt widerſtrebendes; das prätoriſche Edict vermied ihn dadurch, daß es den Widerſetzlichen als geſtändig behandelte und mit der höchſten Strafe belegte,[209] wahrſcheinlich ſchloß es aber, wie bei der Lehre vom furtum überhaupt,[210] ſo auch hier ſich nur einer alten Praxis an. Ob es, wenn im Criminalprozeß dem öffentlichen Ankläger Widerſtand entgegengeſetzt ward, zur Anwendung von Zwangsmaßregeln kam, oder ob die Strafe, die dem Widerſetzlichen angedroht ward,[211] das alleinige, aber gewiß ausreichende[212] Mittel war, ſeinen Widerſtand zu brechen, laſſe ich dahingeſtellt.[213]

Der äußern Abgeſchloſſenheit des Hauſes, welche den Frieden deſſelben gegen Störungen und Gewaltthätigkeit ſichert, entſprach die innere: die Selbſtändigkeit des Hausregiments mittelſt Ausſchließung aller Einflüſſe und Gewalten, welche die Ruhe und den Frieden des Hauſes gefährden konnten. Innerhalb des römiſchen

---

offerirte; letztere war ſo zu ſagen ein Vorſchlag zur Güte, den er zurückweiſen konnte, ohne ſich der act. furt. prohibiti auszuſetzen, während er letzterer verfiel, wenn er dem, was einmal für beide Theile ſtreng Rechtens war, ſich widerſetzte. Daß Gajus, der dieſen hiſtoriſchen Zuſammenhang nicht durchſchaute, die »tota lex ridicula« fand, iſt nicht zu verwundern.

209) Gaj. III. 192.

210) z. B. Gaj. III. 190, 191 a. a. O.

211) In der öffentlichen Vollmacht des Anklägers (Geib a. a. O. S. 285).

212) Cic. in Verr. 4, 66 ... Ille contradicere ... Quid multa? nisi vehementius homini minatus essem, nisi legis sanctionem poenamque recitassem, tabularum mihi potestas facta non esset.

213) Ein Zeugniß für die Anwendung von Zwangsmaßregeln aus ſpäterer Zeit ſ. bei Apulejus Met. lib. 9 i. f. (ed. Bip. I. 222) .. obstinate denegantem. Immissis itaque lictoribus ceterisque publicis ministeriis.

Hauses gibt es keine Rechtsstreitigkeiten,[213a]) die Justiz hat hier Nichts zu thun, der Hausherr selber übt die Justiz.[213b])

Das römische Haus mit allem, was darin ist: die familia,[214]) ist eine in sich abgeschlossene Welt, deren Leitung und Lenkung ausschließlich dem Oberhaupt des Hauses, dem pater familias zusteht, und deren Beziehungen zur Außenwelt lediglich durch ihn vermittelt werden. Keine der ihm unterworfenen Personen kann als Kläger oder Beklagter vor Gericht erscheinen; die Ansprüche, die sie gegen Dritte erworben, die Kränkungen, die sie erlitten haben, macht Er geltend, umgekehrt ist Er es auch, der die gegen sie gerichteten Angriffe aufnimmt. Für dieses Gewaltverhältniß werden von den Römern verschiedene Ausdrücke gebraucht, so im Anschluß an domus:[215]) dominus, dominium;

213a) Intra domum inter te ac filios tuos, si quae controversiae oriuntur, terminari, l. 4 Cod. de pat. pot. (8. 47).

213b) Das *δίκαιον οἰκονομικόν* der Griechen, Trendelenburg Naturrecht Aufl. 2 S. 301.

214) Familia im allgemeinen Sinn bezeichnet das Hauswesen, im engeren sowohl das Vermögen allein (z. B. familiae erciscundae judicium, ex familia Cassia Liv. 2, 8. 15, 41), als die Familie allein. Die richtige etymologische Ableitung des Wortes s. bei Roßbach Untersuchungen über die römische Ehe S. 14 (Sanskr.: dhâ setzen, dhâman Sitz, Wohnsitz, Haus; Uebergang des dh in f wie anderwärts z. B. *θήρ* in fera). Also familia der Hausstand, das Hauswesen, familiaris und famulus der Hausgenosse, Haus-Freund. So ist daher die Uebersetzung von paterfamilias, filiusfamilias, Hausvater, Haussohn ganz zutreffend. Aehnlich im Griechischen *οἶκος* das Haus und sodann 1. Vermögen, 2. Familie; *οἰκέται* Frau, Kinder, Sklaven. — Mit familia wird gleichbedeutend gebraucht domus, res mea; eine Zusammenstellung aller drei Ausdrücke als Gegenstand der Verwünschung bei Gelegenheit eines Schwures s. bei Liv. 22, 53.

215) z. B. in l. 195 §. 2 de V. S. (50. 16) paterfamilias, qui in domo dominium habet. Ennius bei Cic. de off. 1, 39: O, domus antiqua, heu, quam dispari dominare domino; nec domo dominus, sed domino domus honestanda: de finib. I. 18: nec in discordia dominorum domus. Ich würde trotzdem Bedenken tragen dominus von domus abzuleiten, da nach Festus: Dubenus apud antiquos dicebatur, qui nunc dominus, ich schließe mich jedoch der Autorität von Freund in seinem Lexikon an. Die Ableitung von Ballhorn-Rosen Zur Vorgeschichte des

sodann herus [216]) — Ausdrücke, die mehr die sächliche, die Eigenthums-Seite des Verhältnisses bezeichnen; potestas, vorzugsweise für die persönliche Seite desselben, d. h. das Verhältniß des Oberherrn zu seinen Untergebenen benutzt, [217]) insbesondere in Anwendung auf Hauskinder (patria potestas) und Sklaven, aber auch für die übrigen Herrschaftsverhältnisse über Personen und Sachen. [218]) Sodann endlich manus, und in diesem Ausdruck besitzen wir, wenn nicht alles täuscht, den ursprünglichen Ausdruck für die gesammte Herrschaft des Hausherrn über seine »Familia«, Sachen sowohl wie Personen. In späterer Zeit ist derselbe im technischen Gebrauch allerdings auf einen Zweig derselben: die eheherrliche Gewalt eingeschränkt worden, [220]) allein

---

R. R. I. S. 105 fl., (δῶ, δόμενος, dare sc. thura, vinum, exta, victimam u. s. w. = opfern, dominus = der Opfernde) erinnert an die Erklärung von opus (sc. apium) als Honig. Ebenso gut könnte man aus dominus einen Schreibenden, Rathgeber, Bestraften machen (dare sc. literas, consilium, poenas). Bei solcher Methode ist es freilich leicht, wie der Verf. sich vorgesetzt zu haben scheint, das ganze alte Recht mit einem Heiligenschein zu übergießen und die lateinische Sprache mit einem Reichthum an Ausdrücken für „opfern" zu bezeichnen, mit dem ein Dutzend anderer Sprachen zusammengenommen es nicht würden aufnehmen können. Ein erbauliches Beispiel seiner Gräcomanie im Etymologisiren liefert amicus, welches von ἅμα οἶκος = Hausgenosse stammen soll, wornach dann amo wohl von amicus abgeleitet werden müßte!

216) Mit dem Ausdruck herus (unser „Herr") bezeichnen bei Plautus die Sklaven durchgehends ihren Herrn, und er kam auch in der lex Aquilia vor (l. 11 §. 6 ad leg. Aq. 9. 2); für den Ehemann wird er höchst selten gebraucht, Catull. 81, 116.

217) Darauf weist auch die Etymologie hin. Potis ist der Ernährer (potus der Trank), daher δεσπότης der Herr, potis esse, posse, die Macht haben, können.

218) z. B. Vermögen (in diesem Sinn in der lex Atinia über die Usucapion der res furtivae: in postestatem reverti. L. 4 §. 6 de usurp. (41. 3.) Tutel (vis ac potestas in capite libero. §. 1. I. de tutel. [1. 13]). Eheliche Gewalt (in potestatem viri cedit. Serv. ad Aen. 4. 103) s. Roßbach a. a. O. S. 28.

220) Im Leben kam er noch in seiner ursprünglichen Allgemeinheit vor; Belegstellen bei Roßbach a. a. O.

seine frühere allgemeine Bedeutung schimmert noch in den Compositis, in denen er sich auch im neuern Sprachgebrauch in Anwendung auf die anderen Gewaltverhältnisse erhalten hat: emancipare (bei Kindern) manumittere (bei Sklaven) mancipium, deutlich genug durch. Diese Einheit des Ausdrucks setzt die ursprüngliche Einheit des Begriffs voraus, und die Behauptung wird nicht von mir zuerst aufgestellt,[221] daß die verschiedenen Formen der absoluten Gewaltverhältnisse: das Eigenthum in Anwendung auf Sachen und Sklaven, die eheherrliche und hausväterliche Gewalt nur die später zur Selbständigkeit des Begriffs entwickelten Seiten eines und desselben Urbegriffs gewesen seien. Manus und familia waren Correlate; familia bezeichnete das Herrschaftsgebiet, manus das Symbol und Werkzeug der Macht, die Herrschaft selber; beide umfaßten alles, was im Hause war: Sachen und Personen, freie und unfreie. Die Personen beider Kategorien waren »alieni juris,« d. h. der Hausherr hatte an ihnen nicht bloß einzelne Rechte, sondern er hatte sie selber mit allem, was sie waren, hatten, abwarfen, einbrachten. In dieser absoluten Unterwürfigkeit unter seinen Willen standen sie sich sämmtlich gleich, und das eben sollte der Ausdruck manus ausdrücken. Wäre uns eine tiefere Einsicht in die Entwickelungsgeschichte des römischen Eigenthums vergönnt, wir würden wahrscheinlich nicht bloß die Frage aufwerfen, sondern sie auch bejahen können: ob nicht auch die manus im Prozeß (das manum conserere und asserere) und die res mancipi nebst der mancipatio ursprüngliche Stücke des ältesten Manussystems gewesen seien.[222] Diese ungeheure Gewalt des Hausherrn ist übrigens nichts spe-

221) Das Verdienst ihrer ersten und zugleich höchst energischen Aufstellung gebührt Joh. Christiansen Die Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte B. 1. S. 136 fl. Auch Roßbach a. a. O. S. 10—41 hat dieselbe Ansicht vertheidigt, dem Anschein nach, ohne seinen Vorgänger zu kennen.

222) Bei der Geschichte des Eigenthums (Abschn. 3) werde ich auf die Frage zurückkommen.

zifisch Römisches; das Römische steckt nur darin, daß sie sich in Rom länger als anderwärts in ihrer ursprünglichen Gestalt und Kraft behauptet hat. Sie ist vielmehr nur ein Ausfluß uranfänglicher patriarchalischer Anschauungsweise, wie sie sich auch in anderen Rechten wiederholt, insbesondere auch im altgermanischen und zwar hier in einer mit der altrömischen Hausherrschaft so unverkennbar identischen Gestalt, daß man darin einen Rest der ursprünglichen Rechtsgemeinschaft der indogermanischen Völker erblicken muß.[223]

Die Annahme der ursprünglichen Identität des Herrschaftsbegriffs setzt keineswegs voraus, daß die aus der Eigenart der Objecte mit Nothwendigkeit sich ergebenden Verschiedenheiten darüber hätten ignorirt werden müssen. Es konnte Jemand mehrere Sklaven und Kinder haben, aber nicht mehrere Frauen, ein Sklave konnte mehrere Herren, ein Kind aber nicht mehrere Väter haben, das Eigenthum an Sklaven und die manus an der Frau entstand durch usus, nicht aber die väterliche Gewalt, die Sklaven konnte man legiren, nicht aber die Frau und das Kind. Gerade die Erkenntniß dieser Verschiedenheiten mußte zu der Einsicht drängen, daß es mit dem allgemeinen Gedanken der absoluten Gewalt noch nicht abgethan sei, sondern daß derselbe nach Verschiedenheit der unterworfenen Gegenstände einer detaillirten Gestaltung fähig und bedürftig sei. So spaltete er sich denn in die uns bereits bekannten Aeste: das Eigenthum, die väterliche und die eheherrliche Gewalt. Die Gewalt des Herrn über den Sklaven ward dem Eigenthumsbegriff untergeordnet, obschon die damit ausgesprochene Gleichheit des Sklaven mit der Sache kei-

223) Der römischen manus entspricht sachlich und etymologisch das deutsche munt, mundium = Hand; beide haben ursprünglich dieselbe Bedeutung und denselben Inhalt gehabt. J. Grimm, deutsche Rechtsalterth. S. 447 „Die ächte im Mundium des Mannes gründende Ehe hat ganz die Wirkungen der römischen conventio in manum" S. 450: „Aus seinem Mundium über die Frau fließen noch andere Rechte, er durfte sie gleich seinen Knechten und Kindern züchtigen, verkaufen, tödten."

neswegs vollständig durchführbar war. [225]) Als temporäres und schon dadurch eigenthümlich beschränktes Gewaltverhältniß gesellte sich zu den drei Gewaltverhältnissen über die Frau, Kinder und Sklaven noch das Mancipium hinzu.

Im dunklen Gefühl des eben entwickelten ursprünglichen Verhältnisses hat man demselben wohl hie und da den Ausdruck gegeben: das ältere Recht habe auch das Verhältniß des Hausherrn zu Frau und Kindern unter dem Gesichtspunkt des Eigenthums erfaßt. Dies ist verkehrt. Es ist mit Nichts erwiesen, daß der Begriff des Eigenthums historisch dem der hausherrlichen Gewalt vorausgegangen sei und den Prototyp für letztern habe abgeben müssen. Die Aehnlichkeit beider schreibt sich nicht daher, daß der eine dem andern nachgebildet, sondern daher, daß beide sich von einem gemeinsamen Grundbegriff abgezweigt haben. Wenn man zur Unterstützung jener Idee angeführt hat, daß die XII Tafeln in dem Satz: uti legassit super pecunia tutelave suae rei unter der sua res auch die Kinder und Ehefrau begriffen habe, so diene zur Antwort, daß man aus unsern heutigen Ausdrücken: „Angehörige, Haus (im Sinn der Hausgenossen), meine Kinder" für unsere heutige Auffassung ganz dasselbe deduciren könnte.

Unter den Eigenthumsobjecten gibt es gewisse, die zu dem römischen Hauswesen in engster Beziehung, in einer Art Dienstverhältniß stehen, indem sie entweder wie Haus und Hof ihm die sachliche Grundlage oder wie die Sklaven und das zum Ziehen und Tragen dienende Vieh die Arbeitskräfte zum Betrieb der Wirthschaft stellen. Das Moment der dauernden Bestimmung und ihrer Unentbehrlichkeit für das römische Hauswesen ist diesen Sachen mit den freien Personen im Hause gemein; ohne beides läßt sich ein ordentliches Hauswesen, eine gesunde Wirthschaft gar nicht denken. Den Gegensatz zu ihnen bilden diejenigen Sachen, welche wenn auch noch so nöthig wie z. B. alle Lebensmittel dennoch keine Bestandtheile des Hauses sind, nicht mit

225) So z. B. nicht beim statuliber s. u.

arbeiten und folglich auch kein individuelles Interesse haben. Dieser Gegensatz ist der bekannte der res mancipi und nec mancipi. Welche rechtliche Folgen sich an ihn knüpften, soll an einer andern Stelle untersucht werden, hier genügt es, die Beziehung der res mancipi zum römischen Hause, zur »familia« angedeutet zu haben.

Aus dem Kreise jener Gegenstände des „Hauseigenthums" im Gegensatz zur »pecunia« ziehen wir die Sklaven unter unsern Gesichtspunkt der hausherrlichen Gewalt: der potestas hinüber. In den Sklaven fallen die beiden Begriffe des Eigenthums und der Gewalt d. h. der Beherrschung denkender Wesen zusammen, und das Gewaltverhältniß über die Sklaven, die herrschaftliche Gewalt hat den ursprünglichen Charakter und Gehalt der hausherrlichen Gewalt am reinsten bewahrt. Darum werden wir unsere Darstellung mit ihm beginnen. Ihm am nächsten kommt das Gewaltverhältniß über die Kinder, die väterliche Gewalt. Am weitesten von dem ursprünglichen Ausgangspunkt hat sich die eheherrliche Gewalt, die Manus im engern Sinn, entfernt. In dieser Ordnung werden wir dieselben im Folgenden darstellen. Das Mancipium soll bei Gelegenheit der väterlichen Gewalt berührt werden, bei der es als praktisches Institut (im Gegensatz zu seiner fortdauernden Anwendung als Scheingeschäft) in späterer Zeit allein noch vorkommt.

1. Die herrschaftliche Gewalt über die Sklaven.

An jedem der genannten Gewaltverhältnisse lassen sich zwei Seiten unterscheiden, die persönliche und vermögensrechtliche. Letztere wiederholt sich bei allen in völlig gleicher Weise, die unterworfene Person erwirbt alles dem Herrn, kann selber nichts Eignes haben. Sie ist juristisch so zu sagen nichts als ein Leitapparat für den Herrn. Von dem Willen des Herrn ist diese Wirkung völlig unabhängig, sie tritt vermöge der Consequenz des ganzen Verhältnisses mit Rechtsnothwendigkeit ein, so daß sie sich selbst durch entgegengesetzten Willen von seiner Seite nicht

abwenden läßt. Die Ueberlassung eines Vermögensstücks an die unterworfene Person (Peculium) war daher, so sehr der Herr immerhin sich subjectiv dadurch gebunden halten mochte, rechtlich etwas völlig unwirksames, ein bloßes Factum, das er in jedem Moment wieder aufheben konnte. Dieser Gesichtspunkt der rechtlichen Bedeutungslosigkeit des Peculiums wurde im ältern Recht nur bei einer einzigen Gelegenheit, von der nachher (Note 234) die Rede sein wird, zu Gunsten der Sklaven verläugnet.[226] Die juristische Unmöglichkeit von Rechtsgeschäften zwischen dem Gewaltinhaber und dem Untergebenen konnte daher auch durch die Einräumung eines Peculiums nicht beseitigt werden.[227]

Unter der persönlichen Seite jener Gewaltverhältnisse verstehen wir die persönliche Unterordnung des Hausangehörigen unter den Herrn. Letztere war bei dem Sklaven eine absolute.[228] Man kann, um sich den ungeheuren Inhalt derselben zu vergegenwärtigen, einzelne Dispositionen, die aus dem absoluten Belieben folgen, hervorheben, z. B. das Recht, den Sklaven nach Lust und Laune zu verheirathen, von Weib und Kind zu trennen, zu verkaufen, verleihen, züchtigen, tödten; ein anderes Interesse hat eine solche Aufzählung nicht. Das Dürfen reichte hier wie bei einer Sache so weit, als das Können.

Demnach kann man die Gewalt über den Sklaven geradezu als Eigenthum bezeichnen, und dies ist von den Römern auch geschehen.[229] Es lassen sich eine Menge von Consequenzen namhaft machen, an denen sich die praktische Realität dieser Auffassung bewährte, und die bei den andern Gewaltverhältnissen undenkbar waren, so z. B. die Möglichkeit des Miteigenthums, der

---

226) Im neuern auch zu Gunsten der Gläubiger — die act. de peculio des prätorischen Edicts.

227) Wie es factisch sich machte, davon nachher.

228) Ebenso für das ältere deutsche Recht, — Grimm Rechtsalterth. S. 342 fl. Daher die Rechtsparömie: er ist mein eigen, ich mag ihn sieden oder braten (das. S. 345).

229) Ulp. XIX. 20.

bonae fidei possessio, der Theilung des quiritarischen und bonitarischen Eigenthums, der Bestellung von Nießbrauch und Pfandrecht an Sklaven, [230]) der Dereliction [230a]) u. s. w.

Diese Gleichstellung des Sklaven mit der Sache hatte aber doch ihre Gränze, sie beschränkte sich auf die gleichmäßige Unterordnung beider unter den unbeschränkten Willen des Herrn; darüber hinaus verkannte man auch im Sklaven den Menschen nicht. [230b]) So erstreckte man z. B. die Verwandtschaftsverbote auch auf die Sklaven-Ehe, so strafte man auch die Injurie gegen einen Sklaven, [231]) vor allem aber äußerte sich die Verschiedenheit in der Möglichkeit der Freilassung des Sklaven. Das Recht der Freilassung ist ein für die Charakteristik der herrschaftlichen Gewalt höchst bedeutungsvolles Moment. Der freie Entschluß des Herrn macht aus einem Gegenstand, der bisher kaum etwas anderes war als eine Sache, eine Person, einen römischen Bürger, ja möglicherweise sogar das Mitglied einer römischen Familie. [232]) So ist nicht bloß die Tiefe, zu der jene Gewalt die unterworfene

230) L. 24—27 comm. div. (10. 3) l. 26 de usufr. (7. 1) l. 9 in quib. caus. pign. (20. 2.)

230a) Dann gab es einen Servus sine domino, l. ult. pro derel. (41. 7); andere Entstehungsarten dieses Verhältnisses s. in l. 23 pr. de lib. causa (40. 12), Ulp. I. 19.

230b) Wenn der Sklave vorzugsweise »homo« genannt wird, so ist der Sinn dieses Sprachgebrauchs weniger darauf gerichtet, das Moment des Menschlichen im Gegensatz zum Sachlichen in ihm zu betonen als auf den Mangel der Rechtsfähigkeit, der den bloßen Menschen im Gegensatz zum Bürger charakterisirt, hinzuweisen, der Sklave ist nichts als homo d. h. nach antiker Auffassung rechtlos, so wie der Freie nichts als Bürger war, die volle Menschlichkeit kam weder in dem Einen noch dem Andern zum Vorschein; richtig bemerkt von Hasner, Philos. des Rechts 1851 §. 215.

231) L. 1 §. 3 de injur. (47. 10). Juristisch mußte sie unter den Gesichtspunkt einer mittelbaren Injurie gegen den Herrn gebracht werden, aber wenn der Sklave hier nur als Thier gegolten hätte, so hätte z. B. bei Körperverletzung nicht die Injurienklage, sondern die act. leg. Aquiliae gegeben werden müssen.

232) Gell. V. 19: Alioquin si juris ista antiquitas servetur (nach neuerm Rechte nämlich war es unpraktisch) etiam servus a domino per

Person herabdrückt, sondern ebensowohl die Höhe, zu der sie dieselbe erheben kann, gleich charakteristisch für sie. Die Entfernung zwischen diesen beiden Endpunkten ist bei keiner andern Gewalt eine so ungeheure, und es gibt kein zweites Beispiel, woran die Vollgewalt des subjectiven Willens sich in so glänzender Weise bethätigte, als hier, wo derselbe einseitig über eines der höchsten Güter der römischen Welt verfügte — das römische Bürgerrecht.

Diese Verwandlung der Sache zur Person war bei der gewöhnlichen Freilassung Sache des Moments. Es konnte aber auch, und zwar bei dem Legat der Freiheit unter einer Bedingung, eine Art von Mittelstufe zwischen Person und Sache eintreten, und dieses Uebergangsstadium von der Sklaverei zur Freiheit hat etwas höchst Interessantes. Man mußte hier die gewöhnlichen Grundsätze über die herrschaftliche Gewalt verlassen, wenn der Zweck, um den es sich handelte, erreicht werden sollte. Dem Erben jene Gewalt ungeschmälert zuzusprechen, war undenkbar, besonders wenn die Bedingung in einer Handlung des Sklaven bestand;[233] der Erbe hätte ihm dann ja die Vornahme der Handlung nur zu verbieten brauchen, um die Freiheit zu verhindern. Als Bedingung war häufig das Aufbringen eines Lösegeldes gesetzt, und wenn nicht das Gegentheil verordnet war, durfte der Sklave dasselbe aus seinem Peculium nehmen;[234] es liegt aber auf der Hand, daß der Erbe durch Entziehung des Peculium die Erfüllung der Bedingung hätte vereiteln können. Man sieht, es bedurfte hier zur Erreichung des Zweckes einer gewissen Selbständigkeit des Sklaven gegenüber seinem jetzigen Herrn. Aber wie ließ sich, ohne aller juristischen Auffassung Hohn zu sprechen, ein

---

Praetorem dari in adoptionem potest, idque ait (Masurius Sabinus) plerosque juris veteris auctores posse fieri scripsisse.

233) L. 3 §. 3 de statul. (40. 7).

234) L. 3 §. 1 de statulib. (40. 7): Et parvi refert, de peculio ei offerat an ab alio accepta; receptum est enim, ut servus peculiares quoque nummos dando perveniat ad libertatem.

„Recht" des Sklaven annehmen? Die Römer halfen sich in diesem Dilemma, was zunächst den Erben anbetrifft, in der Weise, daß sie die Verhinderung der Erfüllung der Bedingung von seiner Seite der Erfüllung derselben gleich stellten, wodurch also der Erbe im Resultat gebunden ward, die Verfügung des Testaments zu respectiren.[235] Was sodann den Sklaven anbetrifft, so ließ sich die ihm vortheilhafte Disposition in der Weise an ihm befestigen, daß man das bezweckte Recht zu einer sachenrechtlichen Qualität des Sklaven niederschlagen ließ.[236] Dem Erfolg nach war also der Sklave dem Erben gegenüber, soweit nöthig, selbständig.[236a]

Die rechtliche Qualität der Sache war die Schale, die den Keim der Person in sich barg und schützte.[237]

---

235) Die alte Regel: quotiens per eum fit, cujus interest conditionem non impleri, quominus impleatur, perinde habendum est, ac si impleta conditio fuisset, l. 161 de R. J. (50. 17) scheint ursprünglich gerade für diesen Fall aufgestellt und erst später auf andere Verhältnisse ausgedehnt worden zu sein. Fest. sub voc. statuliber. Ulp. fr. II. §. 5, 6. L. 24 de cond. (35. 1).

236) Der Verkauf von Seiten des Erben schadete also nichts, denn die Sache behielt ihre rechtliche Qualität (d. h. unter einer Bedingung Person zu werden) auch beim Käufer bei, neque enim conditio quae personae ejus cohaesit, immutari . . . potest, wie die l. 5 Cod. si mancip. (4. 57) von einem ähnlichen Fall sich ausdrückt; andere Wendungen in l. 6 si ex nox. (2. 9) implicitus ei casus libertatis, l. 9 § 1 de statul. (40. 7) causa immutabilis. Bei den res publicae wurde die rechtliche Bestimmung derselben für den allgemeinen Gebrauch in derselben Weise erwirkt. Auch bei ihnen nämlich verlegte man das Recht, welches dem Subject (allen Bürgern) zugedacht, aber als solches juristisch nicht zu construiren war, in die Sache hinein, erreichte den gewünschten Zweck, indem man der Sache eine absolute und unvertilgbare rechtliche Qualität zuschrieb; s. darüber die obige Abh. von mir S. 397—400.

236a) Den juristischen Mechanismus, der in diesen und in ähnlichen Fällen zur Anwendung gelangt, habe ich erklärt in meiner Abh. über die passiven Wirkungen der Rechte in meinen Jahrbüchern B. 10 S. 495 fl.

237) Das Gegenstück zu diesem Anfang der Person tritt beim Ende derselben ein, nämlich der Uebergang der Person zur Sache. Unter der Schale der Person, nämlich dem von der römischen Jurisprudenz für den Nachlaß

Bei diesem Verhältniß mußte auch der vermögensrechtliche Verkehr zwischen Herrn und Sklaven, der sonst vom Recht als etwas rein Factisches völlig ignorirt wurde, rechtliche Bedeutung gewinnen. Schulden und Forderungen zwischen Herrn und Sklaven waren juristisch ein Unding, konnten mithin nie vor Gericht zur Sprache gebracht werden. Aber bei dieser Gelegenheit, wo dem Peculium des Sklaven, wenn die Absicht des Testators nicht völlig vereitelt werden sollte, eine rechtliche Unverletzlichkeit zuerkannt werden mußte,[238] verhielt sich dies anders, und wir begegnen hier der interessanten Erscheinung, jenen Verkehr zwischen Herrn und Sklaven förmlich nach den Civilrechtsregeln beurtheilt zu sehen.[239] Man suchte zwar diese bedeutende Abweichung von der Consequenz der herrschaftlichen Gewalt dadurch etwas zu verdecken, daß man nur von obligationes naturales zwischen Herrn und Sklaven sprach,[240] allein der Sache nach wurden in diesem Fall, wie im spätern Recht bei der actio de peculio, Forderungen und Gegenforderungen anerkannt; der Sklave konnte also z. B., wenn es sich um die Abtragung der ihm auferlegten Summe handelte, Auslagen für den Erben, wie umgekehrt letzterer Vorschüsse, die er ihm gegeben hatte, in Anrechnung bringen. Die Zeugnisse, deren wir uns bedient haben, gehören zwar erst dem spätern, das Verhältniß selbst aber bereits dem ältesten Recht an. Die

---

aufgestellten Gesichtspunkt der Persönlichkeit der hereditas steckt die Erbschaft als Erwerbsobject, wie bei dem Sklaven im obigen Fall unter der juristischen Form eines eigenthümlichen Zustandes der Sache das künftige Rechtssubject gedeckt wird.

238) L. 17 de statul. (40. 7.) . . haec mens fuit constituentium, ut quasi ex patrimonio suo dandi eo nomine serva potestas esset.

239) z. B. hinsichtlich der Frage, ob eine Forderung entstanden, l. 49 §. 2 de pec. (15. 1). Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est . . . nuda ratio (die bloße Rechnung d. h. die bloße Eintragung als Schuldner, der nackte Wille Schuldner zu sein) eum non facit debitorem, hinsichtlich des Erwerbs der Sachen das Requisit der Tradition, l. 8 ibid. ferner l. 21 pr. de statul. (40. 7).

240) Factum magis demonstramus, quam ad jus civile referimus obligationem. L. 41 de pec. (15. 1).

XII Tafeln enthielten schon eine darauf bezügliche Entscheidung,[242]) und wenn immerhin die vollständige civilistische Durchbildung des Verhältnisses erst ein Werk späterer Zeiten sein mag, so läßt es sich auch für die älteste Zeit in seinen wesentlichen Grundzügen nicht anders denken, als es hier geschildert ist.

Was dies Verhältniß der bedingten Freilassung für unsern Zweck besonders interessant macht, ist der Umstand, daß hier die Sklaverei gewissermaßen über sich selbst hinausgeht, die absolute Gewalt des Herrn über die Sache sich an letzterer bis zu einem gewissen Grade bricht.[243])

So das abstracte Recht der Sklaverei! Hält man sich nun bloß hieran, wie es die herrschende Ansicht thut, so muß man nothwendigerweise zu einem völlig verkehrten Urtheil über dies Institut gelangen. So hat man sich das Loos eines römischen Sklaven wie das eines heutigen Negersklaven vorgestellt[244]) und sich zu der Annahme verleiten lassen, als ob das Verhältniß erst in späterer Zeit einen menschlicheren Charakter angenommen habe, weil erst in der Kaiserzeit eine humane Anschauungsweise innerhalb der Gesetzgebung sichtbar wird. Das Verhältniß ist in Wirklichkeit das gerade entgegengesetzte gewesen. Die Sitte sicherte dem Sklaven in alter Zeit ein weit besseres Loos, als späterhin die Gesetzgebung es nur irgend vermochte.[245]) Meiner Ansicht

242) Ulp. fr. II §. 4 . . emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet idque lex XII tab. jubet. L. 25, l. 29 §. 1 de statul. (40. 7).

243) Ein anderes Verhältniß, in dem in Einer Beziehung wenigstens die absolute Rechtlosigkeit der Sklaven hintenangesetzt wurde, war das der servi publici; sie hatten nämlich das Recht über die Hälfte ihres Vermögens zu testiren, Ulp. fr. XX §. 16, und konnten selbst mit freien Frauen eine Ehe eingehen (Th. Mommsen Röm. Staatsrecht I. 253), aber schwerlich gehört diese Singularität schon dem älteren Recht an.

244) z. B. Schweppe röm. Rechtsgesch. §. 343, der letzteres sogar noch für milder hält! Auch Zimmern Gesch. des röm. Privatr. §. 180 läßt erst „nach und nach den Zeitgeist mildernd eingreifen."

245) Die Beispiele schmählicher Grausamkeit und Unmenschlichkeit, die das landläufige Urtheil über den Charakter der römischen Sklaverei bestimmt haben, stammen, soweit ich sehen kann, meistens aus der spätern Zeit. Ein

nach müssen wir in der Geschichte der römischen Sklaverei zwei Perioden unterscheiden, nicht nach dem untergeordneten Gesichtspunkt, wie die Gesetzgebung sich zu diesem Institut verhalten, sondern nach dem Zuschnitt und Charakter, den dasselbe zu den verschiedenen Zeiten im Leben an sich trug.

Diese Verschiedenheit des realen Charakters der Sklaverei in früherer und späterer Zeit hatte ihren Grund theils in Momenten, die der Sklaverei eigenthümlich waren, theils in den allgemeinen Unterschieden der frühern und spätern Zeit rücksichtlich des Volkscharakters, der Sitte u. s. w.

Ein Umstand, der für die factische Gestaltung der Sklaverei in Amerika von größtem Einfluß ist, insofern er zwischen Herrn und Sklaven eine unübersteigliche Kluft offen hält, besteht bekanntlich in der Racen-Verschiedenheit zwischen Herrn und Sklaven. Im ältern Rom war eine solche nicht vorhanden. Der Sklave gehörte in der Regel einem benachbarten, nicht selten einem stammverwandten Volke an, stand auf derselben Bildungsstufe mit seinem Herrn, vielleicht gar auf einer höhern, kurz der Abstand zwischen beiden betraf nur das Rechtliche in ihrer Stellung, nicht das rein Menschliche. Wie änderte sich dies aber in späterer Zeit! In demselben Maße, in dem die beiden Hauptfactoren, welche Rom mit Sklaven versorgten, der Krieg und der Sklavenhandel, sich aus der Nähe von Italien entfernten und nach Asien und Afrika wandten,[246]) wurde der natürliche Abstand zwischen Herrn und Sklaven ein immer größerer. Es war nicht eine bloße Verschiedenheit der Sprache, Religion, Sitte u. s. w., die beide trennte, sondern sehr häufig[247]) die viel

---

Fall in alter Zeit beschwor der Sage nach den Zorn der Götter herauf. Macrob. Sat. 1, 11.

246) Gallus von Becker. Aufl. 2. von Rein. B. 2, S. 87 fl. (Abhandlung von Rein).

247) Bei den griechischen Sklaven stellte sich das Verhältniß bekanntlich oft gerade umgekehrt, aber der natürliche Einfluß der Bildung verläugnete sich auch bei ihnen nicht. Zwischen einem feingebildeten griechischen Sklaven,

weitere Kluft zwischen Bildung und Rohheit, zwischen Civilisation und Barbarei, eine Kluft, die nicht bloß die Annäherung zwischen Herrn und Sklaven in hohem Grade erschweren, sondern mit psychologischer Nothwendigkeit die im Charakter des Herrn etwa vorhandene Härte, Schroffheit, Willkür u. s. w. entfesseln und herausfordern mußte. Die Herrschaft über Völker wie Individuen wird überall einen verschiedenen Charakter an sich tragen, je nachdem die Beherrschten aus demselben oder aus einem andern Stoffe gemacht sind als der Herrscher. Der amerikanische Sklave würde ein ganz anderes Loos haben, wenn er dieselbe Farbe trüge, wie sein Gebieter!

Ein zweites unendlich wichtiges Moment war der Umstand, daß Kriegsgefangenschaft ursprünglich und lange Zeit die hauptsächlichste Quelle der Sklaverei war. Von welchem Einfluß dieser Umstand sein mußte, liegt auf der Hand. Einmal nämlich galt hinsichtlich der Kriegsgefangenschaft völkerrechtlich der Grundsatz der Reciprocität; die Römer erkannten den Satz, daß Kriegsgefangenschaft Sklaverei begründe, auch gegen sich an. Ein Loos aber, das bei den Wechselfällen des Krieges jeden Augenblick auch den vornehmsten Römer treffen konnte, ein Verhältniß, in das Tausende von Römern gerathen waren und immer wieder geriethen, mußte von vornherein schon mit ganz andern Augen betrachtet werden als das Verhältniß eines heutigen Negersklaven, in dem ja die in Amerika herrschende Ansicht nichts als den Zustand einer niedrigeren, zum Dienen bestimmten Menschenklasse erblickt. Der Gesichtspunkt einer Waare, eines Handelsobjects mochte juristisch noch so sehr begründet sein, factisch oder sittlich war er unmöglich durchzuführen. Factisch konnte ein Römer den kriegsgefangenen Feind, der in seiner Heimath vielleicht eine hervorragende Stellung eingenommen, der ihm noch vor kurzem auf

---

der dem Herrn als Vorleser, Sekretär, Erzieher seiner Kinder u. s. w. diente, und einem rohen Barbaren, der nur zu knechtischen Dienstleistungen verwandt werden konnte, war zwar im Recht kein Unterschied vorhanden, aber hinsichtlich ihrer factischen Stellungen ein ungeheurer.

dem Schlachtfelde als freier Mann und würdiger Gegner gegenüber gestanden, der möglicherweise in nächster Zeit schon durch seine Verwandten eingelöst ward, um zu dem Genuß aller seiner Rechte, Würden u. s. w. zurückzukehren — factisch konnte ein Römer einen Solchen nicht mit der Rücksichtslosigkeit behandeln, nicht mit der Verachtung auf ihn herabsehen, welche die Sklaverei der spätern römischen Zeit und vor allem die der Gegenwart charakterisirt.[248] Es kommt hinzu, daß hinsichtlich der factischen Behandlung des kriegsgefangenen Sklaven unter den in Krieg verflochtenen Völkern ohne Zweifel eine Reciprocität Statt fand, daß also die Römer darauf gefaßt sein mußten sich selbst als Kriegsgefangene mit derselben Strenge und Grausamkeit behandelt zu sehen, die sie gegen die gefangenen Feinde übten.[248a] So begreift es sich, daß der römische Senat aus Gründen der Politik (aus Gründen der Menschlichkeit that es der Censor) Veranlassung nehmen konnte, sich des Looses der Sklaven anzunehmen.[249] Die Unmenschlichkeit eines einzelnen Römers gegen seinen Sklaven konnte allen in feindlicher Gewalt befindlichen Römern die bittersten Früchte tragen, ja Ursache werden, daß die factische Gestaltung der Sklaverei bei allen benachbarten Völkern einen schrofferen Charakter annahm.

Ein drittes einflußreiches Moment war für die alte Zeit die geringe Zahl der Sklaven.[250] Der Herr kannte jeden ein-

---

248) Bezeichnend für die sociale Stellung der Sklaven in alter Zeit ist, daß Serv. Tullius nach der Sage das Kind einer Sklavin gewesen sein soll, ebenso daß das ältere Recht die Adoption eines Sklaven kannte. (Note 232.)

248a) Plautus Capt. 2, 2, 61 seq.

Tam mihi quam illi libertatem hostilis eripuit manus,
Est profecto Deus, qui quae nos gerimus auditque et videt,
Is uti tu me hic habueris proinde illum illic curaverit.

Macrob. Sat. 1, 11: tam tu illum videre liberum potes, quam ille te servum.

249) Dionys. 7, 73. Plutarch. Coriolan. 25.

250) S. die Belege bei Becker Gallus Aufl. 2 B. 2, S. 91. (Abh. von Rein.)

zelnen derſelben, was in ſpäterer Zeit oft abſolut unmöglich war, er war mit ſeinen Schickſalen und ſeinen perſönlichen Zuſtänden vertraut, und leicht ſtellte ſich ein Intereſſe für den Sklaven, wohl gar ein genaueres Verhältniß zwiſchen beiden ein. Als mit dem Ende der Republik und in der Kaiſerzeit die Zahl der in dem Beſitz eines Einzelnen befindlichen Sklaven in's Ungeheure wuchs,[251]) mußte dies nothwendig einen ganz andern Ton in das Verhältniß bringen. Der mildernde Einfluß der perſönlichen Beziehungen fiel hinweg oder kam wenigſtens nur der verhältnißmäßig kleinen Zahl derjenigen zu gute, welche die Aufmerkſamkeit des Gebieters erregt hatten oder durch ihren Dienſt in ſeine Nähe gebracht wurden; die übrigen ſtanden ihm ſo zu ſagen als fungible, abſtracte Weſen, als Sklaven ſchlechthin, fremd und fern gegenüber.

Wichtiger noch als dieſes Moment iſt ein anderes, auf das auch die Römer ſelbſt[252]) für die alte Zeit ein entſcheidendes Gewicht legen, nämlich die Gemeinſamkeit der Arbeit und des häuslichen Lebens. Der Sklave der ſpätern Zeit war ein Diener, der der alten ein Gehülfe des Herrn. Darin liegt außerordentlich viel. Solange noch der Römer gemeinſchaftlich mit ſeinen Sklaven und Kindern das Feld beſtellte, war der äußere Abſtand zwiſchen ihnen allen kein ſo hoher. Jeder Tag vereinigte ſie wieder, die gemeinſame Arbeit näherte ſie einander und brachte ſie in ein vertrauteres und trauliches Verhältniß. Die eigene Anſtrengung lehrte den Herrn, dem Sklaven nichts Unmögliches zuzumuthen ſo wie die Brauchbarkeit und Tüchtigkeit des Sklaven zu würdigen und anzuerkennen: Eingeweiht in das Innerſte des Familienlebens, gegenwärtig ſelbſt beim Hausgottesdienſt, die Leiden und Freuden der Familie theilend, den Kindern von früh

251) Plinius Hist. nat. 33, 10 berichtet von einem Römer zur Zeit des Auguſt, der, obgleich er in den Bürgerkriegen viel verloren, doch über 4100 Sklaven hinterließ. Aehnliche Zahlen ſelbſt bis zu 10000 kommen öfter vor. Becker a. a. O. S. 92, 93.

252) Plutarch. Coriolan. c. 24.

auf nahe und für ihr ganzes Leben ein Gegenſtand der Anhänglichkeit, war der Sklave in der That ein Glied der Familie und ward auch als ſolches angeſehen und behandelt.[253] Daß die herrſchaftliche Gewalt aber bei dieſer Geſtaltung des Verhältniſſes nicht das Gehäſſige[254] haben konnte, das wir heutzutage in völlig unhiſtoriſcher Weiſe in ſie hineintragen, bedarf kaum der Erwähnung.

Wenn dies nun, wie hiſtoriſch unzweifelhaft, das wahre Verhältniß der Sache iſt, ſo können wir uns ſelbſt ſagen, unter welchem Geſichtspunkt die öffentliche Meinung eine grauſame, unmenſchliche Behandlung des Sklaven auffaſſen mußte, nämlich nicht als einen gleichgültigen Akt und als bloßen Gebrauch der herrſchaftlichen Gewalt, ſondern als einen in ſittlicher Beziehung und im öffentlichen Intereſſe gleich verwerflichen Mißbrauch derſelben. Den ſchlagendſten Beweis dafür liefert auch hier

253) Bei Beginn des Jahres wurden ſie von der Hausfrau, an den Saturnalien von dem Herrn bei Tiſche bedient. Macrob. Sat. I. 12. Sie aßen mit der Familie an demſelben Tiſch. Becker a. a. O. S. 117. Andere Züge hat Roßbach in dem genannten Werke S. 24 ſſ. geſammelt, bei dem ſich überhaupt eine richtige Anſchauung des Verhältniſſes findet, was man von Becker nicht rühmen kann. Roßbach hat namentlich auch die religiöſe Beziehung des Sklaven zum römiſchen Hauſe hervorgehoben (z. B. der Sklave konnte Opfer verrichten, nahm die Luſtration des Ackers vor, die vilica richtete an gewiſſen Tagen ein Gebet an die Laren, die Diana war die Schutzgöttin der Sklaven, die Grabſtätte der Sklaven [nicht ſelten mit kunſtvollen Monumenten geſchmückt; Inſchriften bei Orelli Corp. Inscr. I. c. 9] war locus religiosus, während es die des Feindes nicht war. R. Elvers de reb. relig. Gott. 1851. l. 2 pr. de relig. [11. 7] Varro de L. L. 6, 24). Das Sklavenkind galt nicht als fructus, d. h. der bonae fidei possessor ſowohl als Uſufructuar mußten es, damit es nicht von der Mutter getrennt werde (»dura separatio« l. 12 §. 7 de instr. leg. 33. 7), mit letzterer reſtituiren l. 10 §. 2 de J. D. (23. 3) l. 17 §. 1 de R. V. (6. 1) u. a.

254) Macrob. Saturn. 1, 11. Majores nostri omnem dominis invidiam, omnem servis contumeliam detrahentes, dominum patrem familias, servos familiares appellaverunt. Die heimgekehrten Sklaven unterhalten mit ihren ehemaligen Herren auch für die Folgezeit ein freundſchaftliches Verhältniß. Liv. 2 . 22.

wieder der Censor, der die Herren in einem solchen Fall zur Verantwortung zog.[255]) Kurz eine Menge Einflüsse, Rücksichten, Umstände waren thätig, um die in Thesi unbeschränkte Gewalt in Wirklichkeit auf ein ganz verständiges Maß zurückzuführen. Wie manches, was der Herr gern hätte thun mögen und rechtlich hätte thun dürfen, mochte er in alter Zeit unterlassen aus Scheu vor der öffentlichen Meinung, oder selbst aus Scham vor dem Sklaven. Die Sitte hatte einmal gewisse Normen aufgestellt, von denen der Einzelne, ohne sich dem öffentlichen Gerede auszusetzen, nicht abgehen konnte, so z. B. hinsichtlich der Beköstigung[256]) und der Bekleidung der Sklaven.[257]) Die scriptores rei rusticae enthalten über die Behandlung und das Loos der zum Landbau verwandten Sklaven manche bemerkenswerthe Notizen. Ueberall wird die gerechte, anständige und rücksichtsvolle Behandlung derselben eingeschärft,[258]) namentlich wird dem abwesenden Herrn zur Pflicht gemacht, die Vorgesetzten der Sklaven streng zu controliren und den Sklaven häufig Gelegenheit zu geben, ihre Beschwerden vorzubringen. Selbst an einer gewissen persönlichen Unabhängigkeit und Behaglichkeit fehlte es wenigstens in manchen Stellungen dem Sklaven nicht. So warnte Cato,[259]) die Frau

255) Dionys. 20. 3.

256) z. B. Cato de re rustica c. 57 über die Weinration. Val. Max. 4. 3. 7 (von seiner Zeit): a servis vix impetrari potest, ne eam supellectilem fastidiant, qua tunc consul uti non erubuit. Die Rationen waren so zugemessen, daß ein Sklave durch Verkauf des Ueberschusses sich etwas erübrigen konnte.

257) z. B. l. 15 §. 2 de usufr. (7. 1) sufficienter autem alere et vestire debet (usufructuarius) secundum ordinem et dignitatem mancipiorum.

258) Varro 1, 17. Colum. 1, 8. Der Herr solle sie zutraulich behandeln, mit ihnen scherzen, sie um Rath fragen, den Verwalter an Festtagen zur Tafel ziehen u. s. w. An Festtagen soll auch der Sklave von der Arbeit ruhen, Lic. de leg. 2, 12. Er soll ganz wie ein gemietheter Tagelöhner (mercenarius) gehalten werden. Cic. de off. 1, 13. Die Anschauungsweise der späteren Zeit entnimmt man aus Seneca epist. 47, der sie bekämpft.

259) c. 143.

des Aufſehers (villica) ſolle nicht zu großen Luxus treiben, nicht zu lebendigen Verkehr mit den Nachbarinnen unterhalten, nicht auswärts zu Tiſch gehen.

Beſondere Hervorhebung verdient das Peculium. Es lag ganz im Geiſte der römiſchen Sparſamkeit und Erwerbſucht, daß man dieſe Eigenſchaften ebenfalls bei Sklaven zu wecken ſuchte. Dies war aber nur unter der Vorausſetzung möglich, daß der Sklave die Ausſicht hatte, das erworbene Vermögen zu behalten. Sicherlich galt es in Rom als ehrenrührig, dem Sklaven das Peculium ohne die dringendſten Gründe zu entziehen.[260] Den Grund zu demſelben legte entweder der Herr durch ein Geſchenk oder einen Vorſchuß,[261] oder die häusliche Erſparniß des Sklaven an Speiſe und Trank[261a] oder die ſelbſt bei Sklaven faktiſch mögliche und vorkommende Dos ſeiner Frau;[261b] der Betriebſamkeit und fortgeſetzten Sparſamkeit deſſelben blieb es überlaſſen, es zu vermehren. Sorgloſigkeit in dieſer Beziehung galt als ein ſchlechtes Zeichen.[262] Wenn es dem Sklaven mit ſeinem Erwerb glückte, ſo bot ihm das Peculium theils Gelegenheit ſich loszukaufen[263] (häufig hatte der Herr ihm ſchon im voraus die Summe bezeichnet), theils ſich ſeine Lage behaglicher zu machen

---

260) So erklärt es ſich, daß es ihm auch bei Verkauf gelaſſen zu werden pflegte, Varro 2. c. 10 peculium solet accedere, und ſelbſt bei Freilaſſungen war dies ſo gewöhnlich, daß dafür eine rechtliche Vermuthung aufgeſtellt ward. Vat. fragm. §. 261.

261) Für die familia rustica räth Varro 1. 17 dem Herrn an, dem Sklaven zu verſtatten, ein Stück Vieh mit auf die Weide zu treiben.

261a) Seneca epist. 80; peculium suum quod comparaverunt ventre fraudato pro capite numerant Terent. Phormio 1, 1, 9—12, l. 39 de pec. (15. 1).

261b) L. 29 pr. de J. D. (23. 3).

262) z. B. Virgil Ecloga 1. 33 nec spes libertatis erat nec cura peculii. Cic. in Verr. 3. 28. Plautus Casin. 2, 3, 39, 40; umgekehrt ein großes Peculium als Beweis der Tüchtigkeit: Plaut. Asin. 2, 4, 91 frugi tamen sum nec potest peculium enumerari.

263) Note 261a. Daher die Verbindung der spes libertatis und des peculium, wie in der Stelle der vorigen Note und beim statuliber.

z. B. durch Ankauf eines vicarius, der zu ihm im Verhältniß des Dieners zum Herrn ſtand.[264]) Es kam auch vor, daß der Herr den Sklaven gegen einen beſtimmten Zins oder einen Antheil am Verdienſt ganz ſeiner eigenen Betriebſamkeit überließ.[265]) Beſondere Conceſſionen von Seiten des Herrn wurden auch wohl eigens erkauft; ſo ließ Cato ſich z. B. den Heirathsconſens bezahlen. Aus allem dieſem geht hervor, daß man dem Sklaven factiſch eine Art vermögensrechtlicher Selbſtändigkeit zugeſtand, das Peculium thatſächlich als ſein Vermögen reſpectirte. Der Sklave ſelbſt mochte ſich in dem Beſitze deſſelben ſeinem Herrn gegenüber eben ſo ſicher und berechtigt fühlen, wie die Beſitzer des ager publicus oder des solum provinciale gegenüber dem Staat. Dem abſtracten Recht nach ſtand der Provinzialgrund und -Boden im Eigenthum des Staats, und die Beſitzer deſſelben hätten weder rechtlich noch factiſch die Einziehung ihres Beſitzes von Seiten des Staats verhindern können; aber eine ſolche kam eben nicht vor, und Niemand befürchtete ſie. Und ſo verhielt es ſich auch mit dem Eigenthum des Herrn am Peculium des Sklaven, wenigſtens bei allen Leuten von Ehre und Rechtlichkeit. Es begriffe ſich ſonſt nicht, wie ein Herr darauf hätte kommen können von ſeinem Sklaven zu leihen, anſtatt ihm einfach das benöthigte Geld wegzunehmen.

So dürfte denn die Lage der Sklaven im allgemeinen kaum eine andere geweſen ſein als die unſerer heutigen Dienſtboten.[265a]) Charakteriſtiſch dafür iſt insbeſondere das große Vertrauen, das

---

264) Hor. Sat. 2. 7, 79. Vicarius est, qui servo paret. S. Becker a. a. O. S. 94, 95. Es kommen ſehr reiche Sklaven vor, die einen größeren Aufwand machten als heutzutage mancher hochgeſtellte Staatsdiener. Becker, S. 120.

265) z. B. l. 14 pr. de statul. (40. 7).

265a) Wie manche heutige Dienſtboten würden gern ein ſolches Leben führen, wie Columella 1, 8 es von den Sklaven in der Stadt ſchildert socors et somniculosum genus id mancipiorum, otiis campo circo theatris aleae popinae lupanaribus consuetum. Cicero ad Att. 7, 7 verſchiebt ſeine Ankunft, um ſeinem Geſinde nicht zur Unzeit zu kommen.

man ihnen erwies, indem man ſie mit Geldſendungen und andern werthvollen Transporten über See und in weite Ferne ſchickte.[266]) Wäre das Loos der Sklaven ein ſo gräßliches geweſen, ſo hätte man das in der That doch nicht wagen können. Denſelben Schluß begründen die uns aufbewahrten mancherlei Züge einer rührenden Anhänglichkeit, welche die Sklaven ihren Herren in Verhältniſſen bewieſen, wo effectiv die Macht der Herren über ſie vollſtändig vernichtet war, ſie ſelbſt alſo völlig frei waren.[267])

Ein anderer Punkt, der den Geiſt, in dem die Sklaverei bei den Römern gehandhabt wurde, charakteriſirt, iſt die Häufigkeit der Freilaſſungen. Für die folgende Periode iſt das Material für dieſe Frage ſehr reichhaltig, für die gegenwärtige dürftig. Es war in ſpäterer Zeit herkömmlich, unter gewiſſen Vorausſetzungen dem Sklaven die Freiheit zu ſchenken,[268]) ja es galt als Ehrenpunkt, recht viel Freigelaſſene zu haben; die Geneigtheit zur Freilaſſung artete in eine wahre Sucht aus, der die Geſetzgebung genöthigt war Einhalt zu thun. Welch bedeutenden Bruchtheil der römiſchen Bevölkerung in ſpäterer Zeit die Freigelaſſenen bildeten, geht aus manchen Zügen hervor, von denen ich nur folgenden namhaft mache. Unter den 21 Grammatikern, die Sueton in ſeiner Schrift de grammaticis (c. 3—24) aufführt, befinden ſich nicht weniger als 13, bei denen er ausdrücklich erwähnt, daß ſie Freigelaſſene geweſen ſeien. Er berichtet ebendaſelbſt (c. 3) von Einem derſelben, der für die unglaubliche Summe von 700000 Seſtertien (über 40000 Thlr.) gekauft und gleich darauf von ſeinem Herrn freigelaſſen wurde. Daß aber ſchon in alter

266) L. 4 §. 1 de naut. foen. (12. 2) l. 10 qui et a quib. (40. 9). So wird auch erklärlich, was Sueton de grammaticis c. 21 berichtet, daß der Grammatiker Cajus Melissus permansit in statu servitutis praesentemque conditionem verae origini (er war frei geboren, aber von ſeinen Eltern ausgeſetzt worden) anteposuit.

267) z. B. zur Zeit der Bürgerkriege die Sklaven der Proſcribirten. Val. Max. 8, 8 de fide servorum. Macrob. Sat. 1, 11. — Beſuche von ehemaligen, zu den Ihrigen zurückgekehrten Sklaven Liv. II. 22.

268) Man vergleiche z. B. was Columella 1, 8 von ſich berichtet.

Zeit die Zahl der Freilassungen eine nicht unbedeutende gewesen sein muß, ergibt sich daraus, daß die vicesima manumissionum, die im Jahre der Stadt 398 eingeführt wurde, schon sofort nach ihrer Einführung eine beträchtliche Einnahmsquelle des Aerars bildete.[269])

Es war uns bei der vorliegenden Darstellung nicht sowohl darum zu thun, eine bisher in der Regel falsch beurtheilte Seite des römischen Lebens im richtigen Lichte zu zeigen, als vielmehr den wahren Sinn der herrschaftlichen Gewalt zu ermitteln, zu zeigen nämlich, daß letztere nicht den Zweck hatte, die Rohheit und Willkür des Herrn gegenüber einem wehrlosen Sklaven zu legalisiren, sondern dem Herrn im Vertrauen auf seine Gerechtigkeit und Menschlichkeit und unter der durch den Censor geübten Oberaufsicht des Staats ein auch für die exorbitantesten Fälle vollkommen ausreichendes Hausregiment über sein Gesinde zu geben. Dieser Gesichtspunkt wird uns zwar mit der Thatsache der Sklaverei nicht auszusöhnen vermögen, wohl aber bis zu einem gewissen Maße mit der gerade am meisten angefochtenen Unbeschränktheit jener Gewalt im ältern Recht.

2. Die väterliche Gewalt.

Die väterliche Gewalt war ihrem Gehalt und Zuschnitt nach Jahrhunderte hindurch der herrschaftlichen nahezu gleich,[271]) ohne daß dadurch der in Bezug auf ihre absolute Rechtsstellung stattfindende Unterschied zwischen Kindern und Sklaven[272]) im min-

269) In dieser Voraussetzung ward sie eingeführt, Liv. VII, 16: Patres, quia eâ lege haud parvum vectigal inopi aerario additum fuisset, auctores fuerunt. Dieses Geld (aurum vicesimarium) wurde im aerarium sanctius für Nothfälle aufbewahrt. Im Jahre 543 nahm man nicht weniger als 4000 Pfd. Gold daraus. Liv. XXVII. 10.

271) Die patr. pot. betrachteten die Römer der spätern Zeit als etwas ganz besonderes, was sich nur bei ihnen finde (Gaj. I. 54), während dasselbe Maß der Gewalt gegenüber den Sklaven ihnen als etwas ganz reguläres, überall vorkommendes erschien (Gaj. I. 52) und umgekehrt die spätere Beschränkung desselben als etwas eigenthümliches (Gaj. I. 53).

272) Der der Freiheit und Unfreiheit. Daher für die Kinder im Gegensatz zu den Sklaven der Name: liberi, Freie. Der Unterschied äußerte sich

besten berührt worden wäre. Ihr relatives Verhältniß zum Innehaber der Gewalt war im wesentlichen dasselbe.

Auch die Kinder also konnten nichts Eigenes haben,[273]) auch sie waren dem jus necis ac vitae des Vaters unterworfen, auch

---

bei Lebzeiten des Herrn nur in staatsrechtlicher Beziehung (namentlich auch darin, daß der Sohn ihm in dieser Beziehung völlig selbständig gegenüberstand; ein celebres Beispiel dafür bei Cic. de invent. II. 17), erst mit dem Tode desselben auch in privatrechtlicher. Denn die Sklaven blieben, was sie waren, die Kinder hingegen wurden sui juris und setzten als solche, wenn der Vater sie nicht enterbt hatte, die familia fort, der sie bisher nur passiv angehört hatten.

273) Nicht bloß kein Vermögen, sondern auch keine Gewalt über Personen. Hinsichtlich der patr. pot. ist dies zweifellos, hinsichtlich der manus bestritten, aber mit Unrecht. Man hat dabei nicht bloß das ausdrückliche Zeugniß von dem Gewährsmann des Gellius 18, 6, 8: quae in mariti manu mancipioque aut in ejus, in cujus maritus manu mancipioque esset, quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset (wörtlich gleichlautend bei Servius ad Aen. IX. 476, verstümmelt bei Non. de diff. verb. 422, 9 in familia mancipioque sit patris, etsi in mariti matrimonio sit) übersehen, sondern nicht bedacht, daß, wer selber in der Gewalt steht, unmöglich über andere Personen Gewalt haben kann. Wenn von einer manus des Hausſohnes über die Frau die Rede ist, z. B. bei Gaj. 2, 148. 3, 3. Ulp. fragm. 22, 14, so ist dies nicht anders zu verstehen, als: „wenn unser Sohn, den wir in der Gewalt haben, eine Ehe mit manus eingegangen ist," ohne daß er selbst damit als Innehaber der manus bezeichnet werden sollte. Die Hauptwirkung der manus, nämlich die vermögensrechtliche, war ja in seiner Person völlig undenkbar. — Die hier geäußerte Ansicht ist von Walter Röm. Rechtsgeschichte Aufl. 3. II. §. 504 befremdlich gefunden. Zu ihrer Rechtfertigung wird Folgendes genügen. Der obige Satz: wer selber in einer Gewalt ist, kann keinen andern in seiner Gewalt haben, folgt nicht bloß aus der Natur der hausherrlichen Gewalt, sondern ist in l. 21 ad l. Jul. de adult. (48. 5): in sua potestate videtur non habere, qui non est suae potestatis ausdrücklich ausgesprochen. Hatte also der selber in der Gewalt befindliche Ehemann das jus necis ac vitae über die Frau? Nein, arg. l. 21 cit. Hatte er ihr Vermögen? Nein. Konnte er die manus vor Gericht vindiciren? Nein. Was hatte er denn? Nichts! Wenn man dieses Nichts mit dem Namen manus benennen will, so habe ich nichts dagegen. Betrachten wir jetzt das Verhältniß der Frau zum Schwiegervater. Daß ihre Dos in sein Vermögen fiel, ist bekannt; daß ihr gesammter Erwerb ebenfalls ihm

sie konnte er verkaufen, freilassen oder lebenslänglich in der Gewalt zurückbehalten, sie verheirathen und die Ehe wieder trennen u. s. w. Für das ältere Recht läßt sich meines Wissens nur eine einzige wirklich nennenswerthe Differenz zwischen der herrschaftlichen und väterlichen Gewalt nachweisen. Hinsichtlich der Veräußerung der Sklaven ist der Hausherr unbeschränkt, hinsichtlich der des Sohnes nicht; wenn er denselben drei Mal veräußert hat, so soll derselbe einer Bestimmung der XII Tafeln [273a]) zufolge für immer frei sein (si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto). Wie war aber ein dreimaliger Verkauf denkbar? War der Sohn nicht bereits mit dem einmaligen definitiv von der Gewalt gelöst? Die Sache ist die, daß das in dieser Weise (nicht also durch noxae datio oder bloß Scheines halber) begründete Mancipium am Sohn mit jedem Lustrum (dem Abschluß der Censusperiode) aufhörte.[274]) Wenn aber der Vater nur für ein

zufiel, wird Niemand bezweifeln, schwerlich auch, daß ihm die Hausgerichtsbarkeit über sie zustand. Nach dem Tode des Sohnes mußte, wenn sie nicht bisher schon in der Gewalt des Schwiegervaters gewesen, ihr Verhältniß zu letzterem aufhören. War dies der Fall? Nein! Sie beerbte ihn sogar mit; Gaj. 2, 159, s. auch Gaj. 3, 41. und er konnte ihr einen Vormund im Testament ernennen. Gaj. 1, 148. — Der obigen Ansicht hat sich jetzt (freilich ohne Nennung meines Namens) angeschlossen Voigt: Die lex Maenia de dote, Leipz. 1866 S. 75. — 77.

273a) Nach Dion. 2, 27. Plut. Num. 17 hätte der verheirathete Sohn schon in ältester Zeit überhaupt nicht verkauft werden dürfen.

274) Gaj. 1, 140. Eine ähnliche Bestimmung enthielt das mosaische Recht: Der Hebräer, der sich als Knecht verkauft hat, — abgesehen von der befreienden Wirkung des Jubeljahres, die sich auch an ihm vollzog, Moses 3, 25, 39 fl. — soll mit dem siebenten Jahre frei werden. Moses 5, 15, 12 fl. Schnell Israel.-Recht. S. 29, 30. Eine neuere Anwendung jener fünfjährigen Dienstzeit des ältesten Rechts s. in l. 20 Cod. de postl. revers. (8. 51) von Honorius und Theodosius; der losgekaufte Gefangene (redemtus) wird, wenn er den gezahlten Kaufpreis nicht abtragen kann, »opere quinquennii« frei. Im angelsächsischen Recht war durch den Einfluß der Kirche das Verkaufsrecht beschränkt worden. — Die Deutung im Text hat Widerspruch gefunden bei Walter Röm. R. G. II, §. 508 Note 58. Er nimmt an, daß Gajus am Anfang des §. 140 den bloß dicis causa Mancipirten im Auge habe, während ich denselben in den Worten: excepto eo,

Luſtrum verkaufen konnte, ſo ließ ſich der Verkauf nicht als eine definitive Entäußerung der väterlichen Gewalt betrachten, ſondern nur als eine zeitweiſe Suspendirung derſelben, ein Vermiethen des Kindes, es wachte mithin mit dem Wegfallen des Mancipiums die väterliche Gewalt wieder auf. Die wohlthätige Intention jener liberirenden Wirkung des Cenſus ließ ſich aber durch ſtets wiederholten Verkauf gänzlich vereiteln; verhindert, das Kind mit Einem Male auf Lebenszeit zu verkaufen, veräußerte der Vater es mit jedem Luſtrum von neuem. Hier griffen die XII Tafeln in das Recht des Vaters ein, indem ſie es auf dreimalige Ausübung beſchränkten. Da ſie nur des Sohnes Erwähnung gethan hatten, ſo wandte die Interpretation die Beſtimmung auf Töchter und Enkel nicht an, legte vielmehr hinſichtlich ihrer ſchon dem einmaligen Verkauf dieſelbe Wirkung bei.

Dieſer Eingriff des Geſetzes in die patr. pot. hat etwas Lehrreiches. Es muß nämlich auffallen, daß das Geſetz den Sohn gegen ein verhältnißmäßig geringes Uebel ſicher ſtellte, ihn aber gegen weit größere Gefahren z. B. gegen eine ungerechtfertigte Anwendung des jus necis ac vitae völlig ſchutzlos ließ. Wenn daſſelbe in dem dreimaligen Verkauf des Sohnes einen Mißbrauch der väterlichen Gewalt erblickte, den es durch Entziehung des weiteren Verkaufsrechts zu ſtrafen für nöthig hielt, warum ſetzte es nicht auf den anderweitigen Mißbrauch der Gewalt ebenfalls eine Strafe? Offenbar, weil es ihn nicht befürchtete.

Die Römer ſcheinen eine Löſung des Bandes zwiſchen Vater und Sohn, ſei es durch Verkauf, durch Freilaſſung oder durch Uebertragung der patr. pot. auf einen andern (in adoptionem datio) nicht mit günſtigen Augen angeſehen zu haben. Nach der Form dieſer beiden letzten Rechtsgeſchäfte zu ſchließen, haben ſich dieſelben erſt nach den XII Tafeln gebildet,[275]) und wenn man

quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur erblicke. Was ſoll ſonſt mit letzterm gemeint ſein, und was ſollte für die ernſtlich Mancipirten gelten?

275) Wenn man jene Rechtsgeſchäfte ſchon in früherer Zeit kannte und

bedenkt, daß sie gegenüber der Bedeutung und Auffassung der Familie in alter Zeit etwas Unnatürliches enthalten, läßt sich dies wohl begreifen.

Der Zustand, in den das Mancipium den Sohn brachte, hatte nach Aussage der Römer eine gewisse Aehnlichkeit mit der Sklaverei, allein mehr factisch als rechtlich. Denn in rechtlicher Beziehung bestanden sehr wesentliche Verschiedenheiten zwischen beiden Verhältnissen, namentlich die Verantwortlichkeit des Mancipatars bei schlechter Behandlung des Kindes[276]) und die Unübertragbarkeit des Mancipiums.[277])

3. Die eheherrliche Gewalt.

Es gab bekanntlich zwei Arten der Ehe, die Ehe mit manus und ohne manus. Die Stellung der Frau in einer Manusehe unterschied sich in vermögensrechtlicher Beziehung in nichts von

---

also auch eine Form dafür besaß, wie konnte man auf den künstlichen, durch Worte der XII Tafeln, die hierauf gar keinen Bezug hatten, veranlaßten Umweg (Gaj. 1,132) verfallen?

276) Geltend gemacht durch act. injuriarum. Gaj. 1, 141. Wann und von wem sie angestellt werden konnte, wird hier nicht gesagt; daß der Sohn selbst nicht klagen konnte, solange er nicht sui juris geworden, läßt sich wohl als unzweifelhaft betrachten, bis dahin konnte also nur der Mancipant die Klage erheben. Böcking, Institut. §. 47.

277) Als Mancipanten werden bei Gajus überall nur die parentes und coemptionatores genannt; der Mancipatar konnte, wie es scheint, das Kind nur dem Vater selber zurück mancipiren, Gaj. 1, 115. 134. 140., worauf für letzteren die Möglichkeit beruhte Patron des Kindes zu werden, Gaj. epit. I. 6 §. 3. Es erklärt sich diese Eigenthümlichkeit sehr wohl, wenn man bedenkt, von welcher Wichtigkeit für Vater und Sohn die Person des Mancipatars war. Mit der Veränderung der Person hätte das Verhältniß seinen Charakter verändert, das Vertrauen, das man zu dieser Person hegte, hatte man nicht zu jeder andern u. s. w. Der juristischen Construction nach lag hier ein Analogon der tutela cessitia (Ulp. fragm. 9, 7) vor, für die v. Scheurl Beitr. B. 2. Abh. 1 ganz zutreffend den Gesichtspunkt einer rein persönlichen Substitution aufgestellt hat. Hinsichtlich der Unübertragbarkeit ist die Gleichheit beider Verhältnisse unläugbar, ebenso bewährt sie sich daran, daß wenn das Recht des Mancipatars mit Ablauf des Lustrums

der der Sklaven und Hauskinder,[278]) es bedarf also nur die persönliche Seite des Verhältnisses einer Berücksichtigung.

Daß die manus auch in dieser Beziehung im wesentlichen der patr. pot. gleich gewesen, wird von Manchen bezweifelt. So meint man namentlich, daß die Ausübung des jus necis ac vitae hier nicht bloß der Sitte, sondern dem Recht nach an die Zuziehung des Verwandtengerichts geknüpft gewesen sei. Ich halte dies für unrichtig und werde diesen Punkt später bei Gelegenheit des mildernden Einflusses der Sitte behandeln. Hinsichtlich der Dauer dieses Gewaltverhältnisses verläugnet sich die Consequenz der hausherrlichen Gewalt auch darin nicht, daß nur der Mann, nicht aber die Frau die Manus aufheben konnte. Möglich, daß die Scheidung bei einer confarreirten Ehe[279]) ursprünglich mit Schwierigkeiten verbunden war; für die gegenwärtige Periode läßt sich das unbeschränkte Scheidungsrecht des Mannes auch für die confarreirte Ehe nicht bezweifeln.

Nur hinsichtlich Eines Punktes sind Zweifel möglich, die ich nicht zu entscheiden wage, nämlich darüber, ob der Mann die Frau sei es zum Zweck des Verkaufs oder der noxae datio habe in's Mancipium geben können. Daß die Sitte dies als einen schmählichen Frevel gegen die Heiligkeit der Ehe verpönt haben mag, läßt sich begreifen, und das angebliche Verbot des Romu-

---

erloſch, das des Mancipanten ganz wie das des Cedenten bei der tutela cessitia wieder aufwachte. Wie weit ſie im übrigen ging, darüber laſſen ſich nur Vermuthungen äußern. — Die obige Anſicht hielte ich dem Widerſpruch von Schleſinger in der Zeitſ. für R.-G. VI. S. 121, 122 gegenüber aufrecht.

278) Daß die Frau kein Peculium hätte haben können, iſt eine alles Grundes entbehrende Idee. Plaut. Cas. II. 2, 26: nam peculii probam nihil habere addecet clam virum (alſo mit Einwilligung des Mannes wohl), daß es aber bei ihr unendlich viel ſeltener vorkommen mußte als bei den Hausſöhnen und Sklaven, lehrt ein Blick auf das Verhältniß.

279) Bekanntlich eine ſehr beſtrittene Frage. K. Wächter über Eheſcheidungen bei den Römern S. 63 fl. Haſſe Güterrecht der Ehegatten S. 133 fl. u. 475 fl. Zimmern Rechtsgeſch. B. 2, S. 561.

lus [280]) hat wohl keinen andern Sinn. Davon ist aber die Frage von der rechtlichen Statthaftigkeit jener Maßregel wohl zu unterscheiden. Für die Annahme derselben spricht der Umstand, daß der Scheinverkauf der Frau in späterer Zeit auf die Möglichkeit eines ernstlichen Verkaufs in früherer Zeit hinweist; aber ob sich der ernstliche Verkauf noch bis in die historische Zeit erhalten, darüber wage ich keine Vermuthung auszusprechen.

Bis hierher hat sich uns also bei den einzelnen Gewaltverhältnissen noch nichts dargeboten, was als eine wesentliche Abweichung von dem Grundtypus der hausherrlichen Gewalt gelten könnte. Solange letztere dauerte, waren Frau, Kinder, Sklaven ihr im wesentlichen in gleicher Weise unterworfen. Nur bei dem bürgerlichen oder natürlichen Tode des Hausherrn ging das privatrechtliche Schicksal dieser Personen weit auseinander. Die Sklaven und die in mancipio Befindlichen blieben, was sie waren, passive Bestandtheile der familia, und wechselten nur ihren Herrn, die Enkel und Enkelinnen fielen unter die potestas ihrer Väter, die übrigen Personen wurden sui juris. Aber mit Unterschied; denn die unmündigen Kinder und die Frau kamen unter die Tutel der nächsten Agnaten, also der mündigen Brüder und Söhne, die mündigen Söhne aber wurden völlig selbständig. Uns interessirt an dieser Auflösung der familia nur der Einfluß, den der Hausherr durch testamentarische Anordnung auf das Schicksal der familia nach seinem Tode ausüben konnte. Dieser Einfluß äußerte sich nach drei Richtungen hin, erstens nämlich in der unbeschränktesten Disposition über das Vermögen, zweitens in der Freilassung der Sklaven und in mancipio befindlichen Personen und drittens in der Ernennung von Tutoren für die Frau, Töchter und die unmündigen Söhne. Den mündigen Söhnen hingegen konnte der Vater ihre persönliche Selbständigkeit durch keine

280) Plut. Rom. c. 22. Roßbach S. 134. Anm. 450 will die Worte gar nicht einmal von der Mancipatio, sondern von der Ehescheidung verstehen.

Anordnung verkümmern; hinsichtlich der freien Personen läßt sich also die tutela testamentaria als der letzte Ausläufer der hausherrlichen Gewalt bezeichnen.

Die Ehe ohne manus fällt zwar nicht unter unsern Gesichtspunkt der hausherrlichen Gewalt im juristischen Sinn, allein als ein Verhältniß des römischen Hauses beansprucht auch sie unsere Aufmerksamkeit.

Die Manus-Ehe hatte für den Fall, daß ein Frauenzimmer, das sui juris war, heirathen wollte, ihre Anstände; nicht sowohl der Frau, als ihrer gesetzlichen Tutoren wegen. Denn die capitis deminutio, welche die Frau durch Eintritt in die manus erlitt, hatte die Wirkung, daß die Tutel erlosch und das Vermögen der Frau, welches nach ihrem Tode an die Tutoren gefallen wäre, und dessen Conservirung der wesentliche Zweck der Tutel war, [282]) auf den Mann überging. Für die Frau hatte diese Veränderung nichts Nachtheiliges, im Gegentheil etwas Wünschenswerthes, denn auf diesem Wege gelangte bei ihrem und ihres Mannes Tode das Vermögen an die Kinder, im andern Fall hingegen an die Tutoren als die nächsten Agnaten. Aus demselben Grunde aber waren letztere auf's höchste dabei interessirt, daß die Frau keine Manus-Ehe einging, und da es dazu ihrer Autoritas bedurfte, [283]) sie zur Ertheilung derselben aber nicht gezwungen werden konnten, [284]) so hatten sie es selbst in der Hand, jene Ehe zu verhin-

282) Gaj. 1, §. 192.

283) Cic. pro Flacco c. 34.

284) Gaj. 1, 192 berichtet, die gesetzlichen Tutoren (seiner Zeit) könnten dem selbstnützigen Zwecke der Geschlechtstutel gemäß nur ausnahmsweise zur Ertheilung ihrer Autoritas gezwungen werden. Ob das ältere Recht schon solche Ausnahmen gekannt habe, möchte ich sehr bezweifeln, schwerlich aber wird der Fall im Text zu den Ausnahmen gehört haben. Man vergegenwärtige sich nur die Consequenzen! Unter dieser Voraussetzung wäre nicht die Frau in der Hand der Tutoren gewesen, wie uns für die ältere Zeit bezeugt wird, sondern umgekehrt die Tutoren in der Hand der Frau. Mit der Drohung sich zu verheirathen hätte die Frau alles von ihnen erreichen können, sie hätte es stets in ihrer Macht gehabt, den ganzen Zweck der Tutel, die Erhaltung des Vermögens in der Familie zu vereiteln.

dern.[284a]) Bei dieſem Conflict der Intereſſen der Agnaten und des Mündels gab es nur Ein Auskunftsmittel, die Eingehung einer Ehe ohne manus, und es iſt wohl keine zu kühne Hypotheſe,[285]) daß dieſe Art der Ehe an dieſem Punkt, wo ſie ein völlig unabweisbares Bedürfniß war,[286]) zuerſt zum Vorſchein gekommen und vorzugsweiſe für dieſes Verhältniß beſtimmt geweſen ſei. Was ſoll ſonſt der Grund der Ehe ohne manus geweſen ſein? Wenn man von der durch gar nichts belegten Annahme,[287]) daß der Gegenſatz der Ehe mit und ohne manus einen ethniſchen Urſprung gehabt habe, abſtrahirt, ſo verdient nur noch die Anſicht Berückſichtigung, welche die Ehe ohne manus aus dem Streben des weiblichen Geſchlechts nach größerer Unabhängigkeit hervorgehen läßt. Allein die Suppoſition, von der man dabei ausgeht, daß nämlich die Stellung der Frau durch dieſe Art der Ehe eine freiere geworden ſei, iſt erſt für eine Zeit richtig, als die Geſchlechtsvormundſchaft bereits ihre alte Strenge verloren hatte, d. h. erſt für das folgende Syſtem. Für die frühere Zeit aber beruht dieſe Anſicht auf einem Irrthum. Die Frau war bei der Ehe ohne manus ebenſo unſelbſtändig, wie bei der mit manus; nur daß ſie dort in vermögensrechtlicher Beziehung nicht von

---

284a) Eine Parallele aus ſpäterer Zeit: l. 18 Cod. de nupt. (5. 4).. ne forte hi qui gradu proximo ad viduarum successionem vocantur, etiam honestas nuptias impediant.

285) Ich finde ſie angedeutet bei Laboulaye Recherches sur la condition civile et politique des femmes. Paris 1842. p. 34, auch muß ſie nach einem Citat bei Roßbach S. 242 vertheidigt ſein in einer Schrift, die mir unbekannt iſt, nämlich Dorn-Seiffen de feminarum conditione apud Rom. p. 12. 17. Neuerdings hat ſich auch Paul Gide Étude sur la condition privée de la femme. Paris 1867 p. 126 ſſ. dafür erklärt. Die Idee von Roßbach halte ich nicht für richtig.

286) Ein anderer Fall von weit geringerem Intereſſe war der, wenn der Vater der Frau wahnſinnig oder in feindlicher Gefangenſchaft und dadurch die Uebertragung der Manus ausgeſchloſſen war.

287) Gegen die ſich auch Roßbach a. a. O. S. 162 u. ff. erklärt hat, und die er durch die gediegene Kritik, der er ſie unterwirft, hoffentlich für immer beſeitigt hat.

ihrem Manne, sondern von andern Personen (dem Vater oder den Tutoren) abhing. In beiden Fällen richtete sich das Maß der factischen Selbständigkeit, die sie genoß, ganz nach dem Einfluß, den sie sich über ihre Machthaber zu verschaffen wußte; ob aber habgierige Agnaten einem solchen Einfluß zugänglicher waren als der Mann, und ob also die Frau, wenn sie die Wahl gehabt hätte, von den Tutoren oder von ihrem Manne abhängig zu sein, sich leicht für jene entschieden haben wird, diese Frage möge jeder sich selbst beantworten.

Wollen wir die Stellung der Frau bei der Ehe ohne manus etwas näher ins Auge fassen, so müssen wir unterscheiden, ob die Frau in väterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft stand. Im ersten Fall blieb sie Haustochter, die väterliche Gewalt erlitt durch die Ehe keine Modification, und bei einem Conflict zwischen dem Recht des Vaters und des Mannes ging ersteres vor, so daß also der Vater z. B. die Ehe wider den Willen beider Gatten trennen konnte.[289]) Aus den Quellen läßt sich die Frage nicht mit Sicherheit beantworten, wie es sich hier mit dem jus necis ac vitae über die Frauen verhalten habe, ob Vater und Mann concurrirten, oder ob Einer von ihnen allein es hatte. Die Consequenz spricht dafür, daß auch hier das Recht des Mannes der patr. pot. nachstand.

Es ergibt sich schon aus jenem zweifellosen Recht des Vaters, wie höchst unangemessen das Verhältniß war, wie sehr dasselbe daher der alten Zeit mit ihren Vorstellungen vom Hausregiment widerstreben mußte. Eine fremde Gewalt reichte hier in das römische Haus hinein, durchkreuzte die Herrschaft des Ehemanns und stellte den Bestand der Ehe jeden Augenblick in Frage. Und wozu diese Abnormität? Ein vermögensrechtliches Interesse des Vaters der Frau ist kaum abzusehen, denn mochte immerhin alles

289) Bei den Komikern wird oft darauf Bezug genommen, s. Roßbach a. a. O. S. 43, im spätern Recht ward diese Ausübung der patr. pot. bei einem bene concordans matrimonium verboten. Paul. S. R. V. 6 §. 15 L. 1 §. 5, l. 2 de lib. exh. (43. 20).

was sie als filia familias erwarb, ihm zufallen, so frage man doch, was konnte dies viel sein, da Schenkungen unter Ehegatten nichtig, Erwerbungen von dritten Personen mindestens eine Seltenheit waren.[290] Ein Interesse des Vaters anderer Art läßt sich denken z. B. weil er einem Mann, den er nicht näher kannte, die volle und unwiderrufliche Gewalt über die Tochter nicht anvertrauen, vielmehr mit der Ehe ohne manus erst einen Versuch machen wollte, um, wenn derselbe gelang, nachträglich auch die manus zu übertragen oder durch usus eines Jahres übergehen zu lassen. Jedenfalls aber dürfen wir uns die Ehe ohne manus bei einer Haustochter, abgesehen von einem solchen Zwischenzustand, in alter Zeit nicht als etwas Häufiges vorstellen.

Ganz anders machte sich die Sache in dem zweiten Fall, wenn nämlich das Frauenzimmer sui juris war. Einmal nämlich war hier nicht bloß ein ungleich gewichtigerer Grund für die Ehe ohne manus vorhanden, sondern es fiel auch der hauptsächlichste Gegengrund hinweg. Denn da die Tutoren nur das Vermögen der Frau zu bewachen hatten, die Frau ihnen aber in persönlicher Beziehung gar nicht untergeordnet war,[291] so fand ein Eingreifen

---

290) Ab intestato konnte die filia familias, solange der Vater lebte, nichts erben, testamentarische Zuwendungen von dritten Personen kamen gewiß kaum vor (sie waren ja im Grunde nur Zuwendungen an den Vater selbst), also blieb nicht viel übrig als die beiden Erwerbsquellen, welche Plautus Casin. III. 2. 28 nennt . . quin viro subtrahat aut stupro invenerit. Auf der Annahme, daß die Frau regelmäßig nur vom Manne und für den Mann erwerbe, fußte die bekannte praesumtio Muciana, welche ihr für jeden Erwerb, den sie während der Ehe gemacht zu haben behauptete, den Beweis auferlegte.

291) Dies ergibt sich aus Gaj. I. 190 (sowohl aus dem Urtheil, das er hier fällt, als aus der Mittheilung, daß die mulieres, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit autoritatem). Einem durch die Obrigkeit entschiedenen Rechtsstreite zwischen Mutter und Vormund des Mädchens über die zu treffende Wahl des Mannes erwähnt Liv. 4, 9, aber der Vorfall spielte in Ardea, nicht in Rom, und der Schluß von jenem auf dieses (Roßbach a. a. O. S. 400) dürfte gewagt sein.

einer fremden Gewalt in das römiſche Haus, wie es ſoeben hinſichtlich der patria potestas bemerkt wurde, hier gar nicht Statt. Der Mann übte abgeſehen von der vermögensrechtlichen Seite die Herrſchaft über ſeine Frau wahrſcheinlich ebenſo aus wie bei einer Frau in manu,[292]) und eine rechtlich begründete Einſprache ihrer Verwandten hatte er in dieſer Beziehung nicht zu beſorgen. So erklärt es ſich, daß man vom Standpunkt des ſpätern Rechts aus die manus als rein vermögensrechtliches Inſtitut betrachten konnte und unabhängig von der Ehe zur Anwendung brachte,[293]) ſo ferner, daß man bei der Ehe mit manus den Grund des perſönlichen Abhängigkeitsverhältniſſes der Frau nicht ſowohl in der manus als in der Ehe fand.

Die Ehe ohne manus kam demnach meiner Anſicht nach vorzugsweiſe in zwei Anwendungen vor, einmal nämlich als vorübergehender Zuſtand bei einer filia familias; das Inſtitut des usus gab es in ihre Hand,[294]) die manus mit Ablauf Eines Jahres entſtehen zu laſſen, die usurpatio durch trinoctium bot ihr das Mittel, es zu verhindern. Sodann als dauernder Zuſtand bei einer bevormundeten Perſon, wenn die geſetzlichen Tutoren ihre Zuſtimmung zur Eingehung einer Ehe mit manus verweigerten. Sie ſicherten ſich auf dieſe Weiſe ihre Erbanſprüche auf das Vermögen ihrer Mündel, waren aber durch die Sitte[295])

---

292) Zimmern Röm. Rechtsgeſch. B. 2 §. 140.

293) Die coemptio fiduciae causa. III. 267 fl.

294) Serv. ad Virg. Georg. 1, 31: usu, si mulier anno uno cum viro licet sine legibus fuisset (d. h. wohl: ohne in altrömiſcher Weiſe, nämlich durch coemptio oder confarreatio, eine Ehe eingegangen zu haben). Einwilligung des Vaters war nicht nöthig (worauf die entgegengeſetzte Behauptung von Roßbach a. a. O. S. 147 ſich ſtützen will, vermag ich nicht einzuſehen), ſelbſt der bloße Widerſpruch des Vaters ſchloß ſchwerlich den usus aus, aber die patr. pot. bot ihm freilich das Mittel, die Frau zur usurpatio zu zwingen.

295) Ich erinnere an die bekannten Vorſtellungen der Römer über undotirte Frauen, ſ. z. B. Plaut. Trinum. III. 2. 64.. infamis ne sim... in concubinatum sic sine dote dedisse magis quam in matrimonium.

verpflichtet, eine dos zu bestellen. Daß der usus ohne ihre Einwilligung nicht möglich war, [296]) verstand sich von selbst: er hätte mittelst des Ueberganges der Frau in das Recht des Mannes das ganze Vermögen derselben in dessen Hände gebracht.

2a. Thatsächliche Gestalt der Familienverhältnisse im Leben.

Zweck und Sinn der familienrechtlichen Gewalt — Der innere Friede des römischen Hauses — Das Familienleben — Stellung der Frau und Kinder — Die Verwandtengerichte.

Quanto latius officiorum, quam juris patet regula. Quam multa pietas, humanitas, liberalitas, justitia, fides exigunt, quae omnia extra publicas tabulas sunt.

Seneca de ira II, 27.

XXXII a. Das legislative Problem, welches der Gesetzgeber hinsichtlich der Familie zu lösen hat, ist kein leichtes. Das Verhältniß, das er vor sich hat, ist ein unendlich zartes, welches die Blicke der Welt scheut und in stiller Abgeschiedenheit am besten gedeiht; ein Heiligthum der Liebe, das nur von letzterer die wahre Gestaltung und Weihe erhalten, durch unsanfte Berührung von Seiten des Gesetzgebers aber leicht in der empfindlichsten Weise verletzt werden kann. Stellt letzterer es sich zur Aufgabe, dem Verhältniß die positive Gestalt, die er für die entsprechende hält, selbst zu verleihen, das freie Walten des sittlichen Geistes entbehrlich zu machen, — die Liebe unter polizeiliche Aufsicht zu stellen! — so gilt hiervon nicht bloß alles, was im §. 30 über das System der Unfreiheit im allgemeinen gesagt worden ist, sondern es kommt noch hinzu, daß nirgends die praktische Verwirklichung desselben, die Controle von Seiten des Staats, das Urtheil von Seiten des

---

Bestellte doch sogar mitunter bei Töchtern verdienter, aber armer Männer der Senat aus dem Aerar eine dos. Val. Max. X. 4. 10.

296) Cic. pro Flacco c. 34.

Richters u. s. w. auf solche Schwierigkeiten stößt als hier, wo es zu dem Zweck erforderlich ist, in das Geheimniß des Familienlebens einzudringen und die Persönlichkeit in ihrem innersten Gemüthsleben zu belauschen und zu beunruhigen. Wo wäre die Opposition von Seiten des Angegriffenen natürlicher und voraussichtlicher, wo schwieriger zu vereiteln? Nirgends führt die Verfolgung und Verwirklichung des Rechtsgesichtspunktes in dem Maße die Gefahr mit sich, das sittliche Gefühl in empfindlichster Weise zu verletzen und in moralischen Schlamm und Schmutz zu gerathen als hier.[297] Je tiefer die Zartheit des Verhältnisses empfunden, je edler und reiner es in der Wirklichkeit gehalten wird, um so mehr wird eine solche Entweihung desselben das Gefühl verletzen, kurz: je weniger das Gesetz es für nöthig hält oder nöthig hat sich hineinzumischen, desto besser.

Im ältern römischen Recht beschränkt sich das Eingreifen des Gesetzes auf ein Minimum. Das römische Haus ist ein von der Herrschaft der todten Rechtsregeln eximirtes Gebiet der freien Liebe und Sittlichkeit. Das innere Leben der Familie soll nach römischer Ansicht sich rein aus sich selbst entwickeln. Die dürre Prosa des Rechts soll nicht in das römische Haus hineindringen; das Leben, das sich hier entfaltet, die Verhältnisse, die hier bestehen, die Streitigkeiten, die sich hier entspinnen — für sie alle hat das Recht keine Normen. Das Haus ist die Schöpfung des Hausherrn; sein Geist, seine Einsicht, seine Autorität geben doch schließlich den Ausschlag, wie und was es wird; der Einfluß des Gesetzes könnte dem gegenüber nur ein höchst unbedeutender sein. So überläßt denn das Recht dem Römer auch rechtlich die Macht, die er factisch in der Regel haben wird.

297) Man denke sich z. B. das Capitel über das debitum conjugale als Gegenstand rechtlicher Regulirung (in der kasuistischen Literatur der Talmudisten und Jesuiten ist darin Unglaubliches geleistet) oder als Gegenstand der Verhandlung vor Ehegerichten; man erinnere sich der Bestimmung eines neuern Gesetzbuchs, daß die Mutter die Tochter bei erreichter Mannbarkeit über den geschlechtlichen Beruf des Weibes aufzuklären habe u. s. w.

Was heißt aber diese Macht? Nicht das, daß seine Laune und Willkür hier frei schalten dürfe, sondern sie soll ihn in Stand setzen, nach eigener Einsicht und Gewissen und unbeirrt durch lästige Rechtsregeln den Beruf, den das Verhältniß ihm auferlegt, und die Pflichten, welche die innere Stimme ihn lehrt, zu erfüllen. Ihm die potestas zuzuerkennen hieß nichts als das römische Haus zu dem zu erheben, als was wir es soeben bezeichnet haben, zum freien Heiligthum der Liebe. Die potestas gibt ihm das rechtliche Mittel, um diese Bestimmung des Hauses zu verwirklichen, den Unfrieden, möge er von draußen anpochen oder im Innern laut werden, fern zu halten und im Keim zu ersticken. Sie enthält negativ den Satz: „kein Dritter hat ein Recht sich in unsere Angelegenheiten zu mischen," und sodann: „Zwistigkeiten im Innern der Familie sollen rechtlich sich nicht über das römische Haus hinaus erstrecken." Eine Klage zwischen den Hausgenossen, sei es des Herrn gegen die Seinen, sei es der letztern gegen ihn oder der letztern untereinander ist ein juristisches Unding.[298]) Es ist Sache des Hausherrn, alle diese Streitigkeiten zu schlichten, er ist der Richter des römischen Hauses (domesticus magistratus);[298a]) kann er es nicht, so trägt er selbst die Schuld und den Schaden, denn hätte er von Anfang an die rechte Zucht in seinem Hause gehandhabt, so würde es ihm an der nöthigen Autorität nicht gefehlt haben. Diese Autorität ist von dem Uebergewicht der physischen Kraft völlig unabhängig,[299]) sie ist moralischer Art und durch die Volksansicht von vornherein

298) L. 16 de furt. (47. 2) Ne cum filio familias pater furti agere possit, non juris constitutio, sed natura rei impedimento est, quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus.

298a) Seneca de benef. 3, 11.

299) Cic. de senect. 11. Quatuor robustos filios, quinque filias, tantam domum, tantas clientelas Appius regebat et senex et caecus ... tenebat non modo auctoritatem, sed etiam imperium in suos, metuebant servi, verebantur liberi, carum omnes habebant; vigebat illa in domo patrius mos et disciplina.

in dem Maße mit der Stellung des römischen Hausherrn verbunden, daß sie zwar im einzelnen Fall durch eklatante Unfähigkeit factisch verscherzt werden kann, aber nicht erst durch besondere individuelle Anstrengung erworben zu werden braucht; der Hausherr findet sie vor. Auch wenn sie wankend geworden ist, kann er, wenn er sich seiner Macht bedienen will, sich selber helfen; der Staat hilft ihm nicht. Thätliches Vergreifen des Kindes an den Eltern galt als furchtbarer, die Sacertät nach sich ziehender Frevel.[300])

Nicht bloß im eigenen Interesse hat der Hausherr diese Gewalt, sondern zugleich in dem der Untergebenen und in dem des Staats, sie ist nicht ein bloßes Recht, sondern auch eine Pflicht, ein Amt. In der väterlichen und eheherrlichen Gewalt steckt zugleich die Vormundschaft über die ihr unterworfenen Personen, die Verpflichtung, sie nach außen hin zu schützen und zu vertreten. Ein Unrecht, das sie von Fremden erlitten haben, berechtigt nur ihn zur Klage, er selbst gilt juristisch als der Verletzte. Ebenso richtet sich die Klage gegen ihn, wenn sie Dritten Unrecht zugefügt haben. In beiden Fällen steht es bei ihm, ob es zur Klage kommen soll, nur muß er im letzten Fall, wenn er ihre Defension ablehnt, sie dem Gegner zur Satisfaction überantworten (noxae dedere).

Aber diese Gewalt ist zugleich ein Amt, das ihm vom Staat anvertraut, und für dessen Führung er ihm verantwortlich ist. Er hat die unbeschränkte Gewalt über die Seinen, damit er sie richtig erziehe, auf Zucht und Ordnung halte, nicht die eines Tyrannen, sondern die eines Richters.[300a]) Darum fallen die Vergehen der Seinigen als schwere Anklage auf ihn selber zurück, sie enthalten den Beweis, daß er schlechte Disciplin gehalten hat[300b])

300) Festus s. v. plorare.

300a) Domestici magistratus, sub quorum custodia contineretur domus, Seneca de benef. 3, 11.

300b) Cic. de republ. IV. 6: sit censor, qui viros edoceat mulieribus moderari.

und nur durch strenge Bestrafung des Schuldigen kann er sich von dem Vorwurf der Mitschuld reinigen. Aber Bestrafung soll es sein d. h. ein Akt einer nach Art des Brutus dem Vaterherzen abgerungenen Gerechtigkeit, nicht Mißhandlung der Kinder in der Aufwallung des Zorns — letztere macht den Vater selber straffällig, und vor dem Volk hat er in einem solchen Fall einen schweren Stand.[300c])

So läßt sich also das römische Haus als ein durch die hausherrliche Gewalt nach außen hin abgeschlossenes selbständiges Gebiet bezeichnen — eine frische Oase innerhalb der dürren Rechtswelt. Wie die Natur die zartesten Theile gern mit schirmender Decke umgibt, so hat hier die rauhe und harte Schale jener Gewalt nur den Zweck, die zartesten Verhältnisse des sittlichen Lebens gegen alle äußern Eingriffe zu schützen, jede nachtheilige Berührung mit der Außenwelt, jeden prosaisch-juristischen Luftzug abzuwehren und die freieste Entfaltung des innerlichen Lebens zu ermöglichen.

Das ist es, was ich oben (S. 160) mit der innern, durch die Verfassung des römischen Hauses gesicherten Abgeschlossenheit desselben ausdrücken wollte. Erst durch sie wird der Charakter des Hauses als einer Stätte des Friedens und eines unantastbaren Zufluchtsortes vollständig verwirklicht.[300d])

Diese Behandlungsweise, bei der die hausherrliche Gewalt dem Recht den Zutritt zur Familie versperrt, hat etwas ungemein Schönes und Anziehendes, vorausgesetzt, daß der ächte sittliche Geist die an sich todten Formen beseelt; ob dies im ältern Rom der Fall war, wird sofort untersucht werden. Unser heutiges und schon das spätere römische Recht hat jene unbeschränkte hausherrliche Gewalt aufgegeben oder, was dasselbe sagen will, das Recht ist in das Innere der Familie eingedrungen. Ich will die relative Berechtigung dieser Aenderung nicht verkennen, wenn

300c) S. Note 159, 336.

300d) Totaque domus, quae spectat in nos neque aliud habere potest perfugium.

wir uns andererseits nur klar werden, daß wir nicht so gar hohe Ursache haben uns damit zu brüsten. Einem alten Römer wäre unsere heutige Weise nicht minder anstößig erschienen als uns die römische. Daß von der Geburt an das Kind dem Vater mit getrenntem Vermögen gegenüberstehen kann, das Kind reich, der Vater arm; daß ersteres wegen beliebiger Gründe gegen ihn wie gegen jeden Dritten prozessiren kann;[301] daß der Vater kein rechtliches Mittel mehr in Händen hat, den selbständig gewordenen pflicht- und ehrvergessenen Sohn zur Zucht und Ordnung zu zwingen; daß der Richter dem Mann zu Hülfe kommen muß, um die Frau zur Erfüllung ihrer Pflichten anzuhalten u. s. w., in alle dem würde ein Römer der alten Zeit nur eine unnatürliche Rechtssatzung erblickt haben.

Das beste Mittel, um uns über den wahren Sinn und die wahre Bestimmung der familienrechtlichen Gewalt aufzuklären, besteht darin, daß wir dieselbe in ihrer wirklichen Gestalt im römischen Leben kennen lernen. Es gilt hier, uns von den herrschenden Vorurtheilen hinsichtlich des römischen Familienlebens los zu machen. Es ist unglaublich, wie sehr das abstracte Recht Philologen und Philosophen[302] nicht minder als Juristen in

---

301) Eine Klage des emancipirten Kindes war auch in Rom möglich, und die Consequenz hätte erfordert, sie unbeschränkt zuzulassen, allein das römische Pietäts- und Schicklichkeitsgefühl war doch mächtiger als die römische Consequenz. Die Klagen gegen die Eltern bedurften erst der ausdrücklichen Erlaubniß des Prätors l. 4 §. 1—3, l. 6—8 pr. de in jus voc. (2. 4), und wo sie etwas für das Gefühl Verletzendes enthielten, ward ihnen dieselbe gewiß nicht zu Theil. Den Römern erschien es erträglicher, daß die Kinder von ihren Eltern Unrecht erdulden, als daß letztere ohne die dringendsten Gründe von ihnen vor Gericht gezogen werden.

302) Von den Juristen, die nur gewohnt sind sich an die Rechtsabstractionen zu halten, kann man es nicht anders erwarten, aber Philosophen und Philologen hätten hierin doch eher das Richtige treffen sollen. Es kann aber kaum etwas Verkehrteres geben, als was z. B. Hegel Philos. der Geschichte. Aufl. 2 S. 348 hierüber sagt: „Im griechischen Leben war doch Familien-Liebe und Familien-Band vorhanden .... Dieser Anfang des römischen Lebens in verwilderter Rohheit mit Ausschluß der Empfindungen

ihrem Urtheil über das römische Familienleben irre geführt hat. Daß sich unter der Knecht-Ruprechts-Maske der patria potestas und manus ein menschliches Gesicht verbergen sollte, schien von vornherein unglaublich. Und allerdings, wenn man sich seine Vorstellung vom römischen Volkscharakter lediglich nach dem öffentlichen Auftreten der Römer, ihrer Härte und Schonungslosigkeit gegen Feinde und Unterthanen, ihrer Rücksichtslosigkeit im bürgerlichen Verkehr u. s. w. zuschneidet, dann mag man sich der Untersuchung überhoben glauben, ob der Schluß vom Familien-*Recht* auf das Familien-*Leben* zutreffend ist. Es ist aber bekanntlich eine häufige Erscheinung gerade bei kräftigen Naturen, daß sie zwei Seiten wohl in sich zu vereinigen verstehen: eine strenge, harte, schroffe, welche sie der Außenwelt zukehren, und eine milde, weiche, gemüthlich-innige, welche sie dem Verkehr mit den Ihrigen vorbehalten — ein weicher Kern in rauher Schaale! Das Gemüth zieht sich in demselben Maße in die engern und engsten Kreise der Familienliebe zurück, je weniger es draußen Gelegenheit findet sich zu bethätigen. Gerade diese Comprimirung

---

der natürlichen Sittlichkeit bringt das Eine Element desselben mit sich, die Härte gegen das Familienverhältniß, eine selbstische Härte, welche die Grundbestimmung der römischen Sitten und Gesetze für die Folge ausmacht ... S. 350: So entartet und entsittlicht sehen wir hier die Grundverhältnisse der Sittlichkeit." Aehnliche Urtheile bei Philologen. Daß *Ruperti* Handbuch der röm. Alterthümer Thl. 1, S. 270 der Meinung ist: „Auch das Familienleben konnte die feinern Gefühle nicht wecken und beleben, *denn nicht das zarte Band der Liebe umschlang und einigte die Glieder der Familie* (!), sondern der Vater stand als dominus, als Herr seinem Hause vor," wird man begreiflich finden, wenn man die Unselbständigkeit des Verf. kennt, aber daß selbst ein so gründlicher Forscher und genauer Kenner des römischen Alterthums wie *Rein* (in der zweiten Ausgabe von Beckers Gallus B. 2, S. 47 fl.) sich hinsichtlich der patr. pot. von dem gewöhnlichen Vorurtheil nicht losreißen kann, beweist, wie fest letzteres gewurzelt ist. Uebrigens will ich mich feierlichst verwahrt haben, irgend einem Juristen, Philosophen oder Philologen, der ohne mein Wissen eine richtigere Anschauung des Verhältnisses dargelegt haben sollte, mit der obigen Bemerkung zu nahe getreten zu sein; es kam mir nur darauf an zu zeigen, welche verkehrten Vorstellungen im allgemeinen hierüber im Schwunge sind.

des Gemüths gibt demselben für den kleinen Raum, auf den es zusammengepreßt ist, nicht selten eine Innigkeit, eine Intensität und eine überraschende Zartheit des Ausdrucks, nach dem man bei jenen Naturen, bei denen das Gemüth allgegenwärtig ist, vergebens sucht.

Der Römer nach außen hin d. h. im Geschäftsleben sowohl wie in der Politik und der Römer im Innern der Familie sind zwei ganz verschiedene Leute. Dort kennt er keine Schonung; rücksichtslos verfolgt der römische Egoismus den einmal vorgezeichneten Weg. Aber im Innern der Familie lernen wir ihn von einer andern Seite kennen, die uns mit den Römern wieder aussöhnen muß und das moralische Gleichgewicht mit andern Völkern z. B. den Griechen reichlich herstellt.

Das feste Zusammenhalten der Familienglieder, die Pflege des Familienverbandes ist von altersher ein Grundzug des römischen Wesens gewesen,[303] und in der in dem vorigen Buche geschilderten Gentilverfassung erscheint dieser Gedanke geradezu als staatsrechtlich-constitutives Prinzip. „Gleichgültigkeit der Römer gegen die Familie, Härte gegen das Familienverhältniß" — es läßt sich kaum etwas Verkehrteres denken. In Rom, wo der Uebergang in eine fremde Familie und der Austritt aus der bisherigen eine capitis deminutio begründete! Was bedeutete das anders als: die Familie ist der Inbegriff der natürlich-sittlichen Existenz? In Rom, wo die Verwandten einen durch die Sitte gesicherten Einfluß ausübten, von dem wir, die wir auf unsere „Familienliebe" pochen, keine Ahnung haben! Aber das Moment der Liebe, sagt man, gebricht der römischen Familie. Als ob jener Familienverfassung der ältesten Zeit nicht ein sittliches Motiv der Anhänglichkeit, Treue, kurz der Familienliebe zu Grunde läge, und als ob, ganz abgesehen hiervon, die Liebe sich in den Gesetzen zeigen müßte! In ihnen ist allerdings für das gegenwär-

303) Das Zusammenleben der 16 Aelier in einem Hause, von dem Vol. Max. 4. 4, 8 berichtet, gibt hierfür ein Beispiel schönster Art.

BIBLIOTHECA BODLEIANA

tige System von Liebe nichts zu entdecken (quae omnia, wie Seneca in dem Motto dieses Paragraphen sagt, extra publicas tabulas sunt), sondern sie halten sich an die abstracte Person. Von der Continuität der Geschlechter, von dem Zusammenhange der Familie u. s. w. ist in dem abstracten Recht keine Rede; hier galt als höchste Aufgabe, die Idee der atomistischen lediglich auf sich selbst gewiesenen Persönlichkeit in ihrer völligen Reinheit zur Darstellung zu bringen. Aber nicht etwa in der Meinung, um die römische Welt mit solchen abstracten Personen oder Kobolden zu bevölkern, die dieselbe sofort dem Untergange entgegengeführt haben würden, sondern um dem freien Walten des sittlichen Geistes zu überlassen, was die Gesetzgebung allein doch nicht erreichen kann.

Die Sitte also ist es, die richten muß. Und wenn wir nun fragen, wie war das Familienleben beschaffen, so würden wir, auch wenn die Quellen uns jede Auskunft darüber verweigerten, aus allem, was wir über die alte Zeit wissen, den sichern Schluß ziehen können, daß dasselbe ein in sittlicher Beziehung durchaus gesundes, tadelloses gewesen sein muß. Die Familie ist die sittliche Erziehungsanstalt des Einzelnen, der Gatten sowohl wie der Kinder, und sie ist eben damit die Quelle, aus der sich der sittliche Geist und die sittliche Kraft des Volks immer von neuem ergänzt und verjüngt; ist diese Quelle vergiftet, so führt sie das Gift unabwendlich durch den ganzen Organismus, ist letzterer gesund, so berechtigt das zum Rückschluß, daß auch die Familie es sein muß. Dieser Zusammenhang zwischen der nationalen Sittlichkeit und der Familie liegt für das alte Rom ziemlich offen zu Tage, denn die meisten altrömischen Tugenden: die Sparsamkeit, Einfachheit, Ordnungsliebe, Keuschheit, Treue, stehen gerade zum häuslichen Leben und der Familie in innigster Beziehung, finden in letzterer ihr sittliches Motiv, ihren Ausgangspunkt, und belebenden Mittelpunkt.

Aber damit, kann man mir einwenden, verträgt sich sehr wohl die Möglichkeit, daß der römische Hausherr statt Gatte und

Vater ein Haustyrann gewesen sei, vor dem die Seinigen zitterten, in dessen Nähe Freimuth und Scherz verstummten, und unter dessen eiserner Faust nur Furcht und blinder Gehorsam gediehen, die Liebe aber und alles, was das Familienleben schön macht: Vertrauen und Vertraulichkeit, Heiterkeit, Leichtigkeit und Anmuth des Verkehrs nicht aufzukommen vermochten. Und in der That ist es dieses Bild eines gefürchteten Haustyrannen, welches erfahrungsmäßig Jeder, der die abstracten Darstellungen des römischen Familienrechts, wie sie heutzutage noch üblich sind,[304]) liest, mit hinwegnimmt und hinwegnehmen muß. Versuchen wir, ob wir diesem Bilde ein anderes minder abschreckendes gegenüber zu stellen vermögen.

Vergegenwärtigen wir uns zunächst die Stellung der römischen Frau im Hause und in der Gesellschaft. Ist der Mann jener Tyrann gewesen, wofür man ihn hält, so wird diese Stellung nicht die einer Hausfrau, sondern wie im Orient die einer Sklavin oder wie in Griechenland einer Haushälterin oder Beischläferin gewesen sein. In Wirklichkeit war die Frau die Genossin des Mannes im vollsten Umfang des Wortes. Kein Volk der alten Welt, die Griechen nicht ausgenommen,[305]) hat dem weiblichen Geschlecht einen so würdigen Platz in der Gesellschaft an-

304) Die oben (Note 285) citirte Schrift von Laboulaye Recherches sur la condition civile et politique des femmes Paris 1842 steht noch ganz auf dem Boden der abstract-juristischen Auffassung, dagegen freue ich mich mittheilen zu können, daß die im Text entwickelte Ansicht auf eine neuere französische Schrift über denselben Gegenstand, welche sich der von Laboulaye würdig an die Seite stellt, nämlich auf die in Note 285 genannte von Paul Gide einen bestimmenden Einfluß ausgeübt hat, s. daselbst S. 108 fl., 125 fl.

305) Die Römer waren sich dieser Eigenthümlichkeit den Griechen gegenüber sehr wohl bewußt. So z. B. Cornel. Nepos Praef.: quem enim Romanorum pudet uxorem ducere in convivium, aut cujus non materfamilias primum locum tenet aedium atque in celebritate versatur? Quod multo fit aliter in Graecia, nam neque in convivium adhibetur nisi propinquorum, neque sedet nisi in interiore parte

gewieſen als die Römer, ja ich bezweifle, ob die Frau ſich bei den civiliſirteſten Völkern der Gegenwart einer höhern Achtung und Verehrung erfreut, als in jenem alten Rom, wo ſie unter der Manus des Mannes und der Vormundſchaft der Verwandten ſtand. Das weibliche Geſchlecht war nach Anſicht der Römer dem männlichen nicht bloß völlig ebenbürtig und daher in ſocialer Beziehung um nichts zurückgeſetzt,[306] wie dies bei allen vorrömiſchen Völkern der Fall war, ſondern es war ein Gegenſtand höherer Achtung, es ſtand eine Stufe über dem männlichen. Die Strenge, mit der man darauf hielt, daß das Decorum ſowohl gegen Frauenzimmer,[307] als von denſelben[308] bewahrt wurde, die Empfindlichkeit, die man in letzterer Beziehung bewies, die höhere ſittliche Reinheit und Fleckenloſigkeit,[309] die man von ihnen ver-

---

aedium, quae γυναικωνῖτις appellatur, quo nemo accedit nisi propinqua cognatione conjunctus.

306) Gallus von Becker B. 2 S. 6.

307) Bei K. Wächter über Eheſcheidungen bei den Römern S. 11 u. fl. ſind mehrere Züge mitgetheilt, z. B. man ſollte ihnen auf der Straße ausweichen, der Liktor konnte jeden, ſelbſt den Vater des Conſuls, Platz zu machen heißen, nur Matronen nicht; es war ſtreng verboten, in ihrer Gegenwart etwas Unanſtändiges zu ſagen oder zu thun; bei der in jus vocatio durfte man ſie nicht berühren u. ſ. w.

308) Von der ungewöhnlichen Strenge in dieſer Beziehung giebt Val. Max. 6, 3, 9—12 mehrere eklatante Proben. Die Römer waren überhaupt, was den äußeren Anſtand und den guten Ton anbetrifft, weit empfindlicher, als man ſich vorſtellt, vielleicht in höherem Grade, als wir es ſind. So ward z. B. ein Senator von dem Cenſor aus dem Senat geſtoßen, weil er in Gegenwart ſeiner erwachſenen Tochter ſeine Frau geküßt hatte. Plut. Cato major c. 17. Cic. de off. I. 35. Val. Max. 1, 1. 7 . . . nec pater cum filio pubere, nec socer cum genero lavabatur . . quia inter ista tam sancta vincula non minus quam in aliquo sacrato loco nudare se nefas esse credebatur. So ferner ibid. 6, 1. 8 promissorum matrifamilias nummorum gratia (stuprosa mente) diem ad populum dixit eumque hoc uno crimine damnando.

309) Keuſchheit verlangt auch der Orientale von ſeiner Frau, aber nicht in ihrem, ſondern in ſeinem Intereſſe. In Rom begehrte man Keuſchheit von der Frau ihrer ſelbſt wegen, der Verluſt derſelben galt für ein ſchlimmeres Uebel als der des Lebens; darum tödtete Virginius ſeine Tochter, und ſein

langte, der Einfluß, den man ihnen zugestand, der Grundsatz der Monogamie, der den Römern von altersher eigen war, — diese und andere Züge [309a]) weisen deutlich auf eine höchst würdige Auffassung des Berufs und der Würde der Frau hin. In besonders anschaulicher Weise offenbart sich die Stellung des weiblichen Geschlechts in der Rolle, welche die Frauen in der römischen Geschichte spielen. Dankbar verherrlichte die römische Erinnerung das Andenken von Frauen, die glänzende Beispiele der Treue, Keuschheit und anderer weiblichen Tugenden geliefert hatten, und die römische Sage und Geschichte, trotzdem daß sie wie keine andere Gelegenheit hatte, spezifisch männliche Tugenden zu preisen, suchte doch mit ganz entschiedener Vorliebe die wichtigsten Ereignisse mit Frauen in Beziehung, ja in Causalnexus zu setzen. [310]) Roms erster Krieg entbrennt um sie; er droht Rom im Keim zu ersticken, aber die geraubten Frauen, durch Liebe zu ihren Männern getrieben, retten Rom und lehnen es ab zu den Ihrigen zurückzukehren. Nach der Sage bestand ihr Lohn darin, daß die Kurien die Namen der Frauen erhielten; wahr oder falsch,

---

Beispiel fand Nachahmung, s. z. B. Val. Max. 6, 1. 3, 6. Seneca (fragm. XIII. 70 ed. Haase vol. III. p. 431) bezeichnet daher jene alte Zeit als seculum, quo impudicitia monstrum erat, non vitium!

309a) Statuen von Frauen bei Plin. H. N. 34, 11, 13, 14. Die »solennis post mortem laudatio« Liv. 5, 50, Sueton. Caes. 6. Anwesenheit der Frauen bei Festen Note 305 und Liv. 5, 31; 45, 2. Zusammenrufung der Frauen und Beschlüsse derselben Liv. 37, 37.

310) Dessen waren die Römer sich selbst sehr wohl bewußt. Cato der Aeltere, dem man nicht gerade eine enthusiastische Verehrung des weiblichen Geschlechts vorwerfen kann, hatte in seinen origines darauf aufmerksam gemacht (Liv. 34, 5) und den Satz durch eine Reihe von Beispielen erläutert. Bei den Verhandlungen über die Aufhebung des oppischen Gesetzes (Liv. ib. 2—7) mußte er es erleben, daß seine Gegner die Waffen zu seiner Bekämpfung jener Schrift entlehnten. Mit Recht macht Paul Gide p. 111 darauf aufmerksam: »que ces héroïnes de l'ancienne Rome ne sont jamais, comme en Grèce, de courtisanes; ce sont toujours des vierges pures, des épouses fidèles, des mères dévouées, et c'est leur inviolable attachement aux modestes devoirs, aux humbles vertus de leur sexe, qui fait toute leur grandeur.

jedenfalls ein höchst charakteristischer Zug. Die Vertreibung der Könige knüpft an die Lukretia, der Sturz des Decemvirats an die Virginia an, das Maß der Entrüstung über sie lief erst über, und der Unwille brach in Empörung aus, als ihre Willkür sich gegen ein Weib wandte. Die Abwehr des Coriolan von der das Heil Roms abhing, erfolgte nach fruchtloser Erschöpfung aller Mittel durch seine Mutter[311]) und die römischen Matronen. Die Zulassung der Plebejer zum Consulat, eins der wichtigsten Ereignisse der Republik, ward ihrem letzten persönlichen Motiv nach nicht sowohl auf Licinius Stolo selbst als auf seine ehrgeizige Frau zurückgeführt[312]), und das Andenken der beiden Gracchen ist für immer unzertrennlich verbunden mit dem ihrer Mutter, welche sie erzog. Ein anderes höchst erbauliches Beispiel liefert der Einfluß, den das schöne Geschlecht bei Gelegenheit der Aufhebung des oppischen Gesetzes (über den Luxus der Frauen) ausübte, und dem gegenüber selbst die Autorität eines Cato sich machtlos erwies.[313])

---

311) Peter Gesch. Roms B. 1, S. 148 verweist hierauf mit Recht als auf eine Sage, in der sich „die hohe Vorstellung der Römer von der Würde der Frauen und insbesondere von dem größen Ansehn und dem bedeutenden Einfluß der Mütter in der Familie einen Ausdruck gegeben hat. Wie hätte Coriolan einen stärkern Beweis seiner kindlichen Liebe zu der Mutter geben können als dadurch, daß er ihr mehr Gewalt über sich einräumte als selbst der Vaterlandsliebe."

312) Liv. 6, 34. Etwas ähnliches erzählt die Sage von der Tanaquil, der Frau des Tarquinius Priscus Liv. 1, 34. Ebenso bei Tarquinius Superbus Liv. 1, 46: initium turbandi omnia a femina ortum est. Man fühlt sich bei dem allem unwillkürlich an die sprichwörtlich gewordene Frage der Franzosen: où est la femme? erinnert.

313) Man sehe die ergötzliche Schilderung der weiblichen Agitation bei Liv. 34, 1. Matronae nulla nec auctoritate, nec verecundia nec imperio virorum contineri limine poterant, omnes vias urbis aditusque in forum obsidebant .... etiam ex oppidis conciliabulisque conveniebant. Jam et consules praetoresque et alios magistratus adire et rogare audebant c. 8. .... aliquanto major frequentia mulierum postero die sese in publicum effudit unoque agmine omnes tribunorum januas obsederunt, qui collegarum rogationi intercede-

Bei einem Volke nun, bei dem das weibliche Geschlecht als solches schon eine so hervorragende Stellung einnahm, kann unmöglich das eheliche Verhältniß den Sinn gehabt haben, die Frau nach orientalischer Weise zur Sklavin des Mannes zu machen. Wenn irgendwo, so mußte der Einfluß der Frau sich gerade innerhalb des Hauses bethätigen, so mußte die Achtung, die man ihr als solcher zollte, in gesteigertem Maße der Gattin und Mutter zu Theil werden, so muß ferner das Wesen der Ehe in Rom nicht, wie man uns glauben machen will, verkannt, sondern würdiger und reiner erfaßt worden sein als bei irgend einem der frühern Völker. Und dies war in der That der Fall. Abstrahiren wir nur vorläufig von der abstract rechtlichen Gestaltung des Verhältnisses und halten uns an die Erscheinung desselben im Leben und die natürliche Auffassung, welche die Römer selber damit verbanden. Die Ehe galt als ein heiliges Verhältniß, sie begründete eine religiöse Gemeinschaft zwischen beiden Gatten und erhielt aus dem Grunde bei ihrer Eingehung eine religiöse Weihe. 314) Auf

---

bant, nec ante abstiterunt quam remissa intercessio ab tribunis esset! Ich möchte den Bericht, den Livius hierüber gibt, allen denen, die sich über den vermeintlichen Druck, unter dem die Frauen in Rom lebten, beunruhigen sollten, zur Lektüre anempfehlen; man wird daraus die trostreiche Ueberzeugung entnehmen können, daß auch den Römern hinsichtlich ihrer eheherrlichen Gewalt dieselben Erfahrungen nicht erspart blieben, die wir bei uns hinsichtlich des biblischen Satzes: „und Er soll dein Herr sein" machen müssen. Livius läßt dort z. B. Cato sagen c. 3: recensete muliebria jura, quibus omnibus constrictas vix tamen continere potestis. c. 4: Simul lex modum sumtibus uxoris tuae facere desierit, tu numquam facies! Man sehe ferner die Zugeständnisse der Ehemänner und ihre Klagen über das Auftreten der Frauen bei Plautus Asin. 1, 1, 73. 5, 2, 49. Aulul. 3. 5, 14 bis 62. Cic. Parad. 6, 2: ille liber, cui mulier imperat, cui leges imponit, praescribit, jubet, vetat, und vor allem den Ausspruch, den nach Plut. Reg. Apoph. Cato 3 Cato gethan haben soll: überall regierten die Männer die Frauen, aber in Rom, welches die ganze Welt regiere, beherrschten die Frauen die Männer.

314) Nicht bei der confarreatio allein. S. darüber Roßbach a. a. O. Abschn. IV. S. 254, 328.

dieſe alte Ehe paßte die bekannte römiſche Definition der Ehe,[315]) eine Definition, von der ein Unkundiger glauben ſollte, daß ſie die chriſtliche Auffaſſung der Ehe enthalte; für die alte Zeit war ſie eine Wahrheit, für die ſpätere, die ſie uns überliefert hat, eine bloße Reminiscenz. Der ungeheure Contraſt in dem ehelichen Leben dieſer beiden Zeiten, der alten ſtrengen Sitte und Treue und der ſpätern Frivolität und grauenhaften Verwilderung und Zügelloſigkeit iſt bekannt. Dort trotz der rechtlichen Trennbarkeit der Ehe doch factiſch die äußerſte Seltenheit der Eheſcheidungen,[316]) hier trotz aller Geſetze Ehebruch und Eheſcheidung an der Tagesordnung. Es bewährt ſich auch hieran wieder die Richtigkeit der oft gemachten Bemerkung, daß die Ehe der Barometer der Sittlichkeit eines Volkes iſt.

Nach der natürlichen Anſicht, wie ſie im römiſchen Leben herrſchte und ſogar in juriſtiſche Deductionen hinüberſpielt, ward das Vermögen der Gatten als gemeinſchaftliches angeſehen,[317])

---

315) L. 1 de R. N. (23. 2): consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio. §. 1 I de patr. pot. (1. 9) individuam vitae consuetudinem continens. L. 4 Cod. de crim. expil. her. (9. 32). Livius I. 9 läßt Romulus das matrimonium als societas fortunarum omnium civitatisque bezeichnen, ebenſo Dionys. 2. 25 κοινωνία ἱερῶν καὶ χρημάτων. Cic. de off. I. 17, 54: prima societas in ipso conjugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia.

316) So viel folgt mindeſtens aus der bekannten Sage, daß die Eheſcheidung des Sp. Carvilius (U. C. 520) die erſte geweſen ſein ſoll. Gell. XVII. 21. Val. Max. 2. 1, 4. Eine Eheſcheidung ohne Grund iſt ein »delictum non modicum« l. 9 §. 3 de minor. (4. 4).

317) Columella de R. R. Praef. Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut femina proprium esse juris sui diceret. L. 1 §. 15 de SC. Silan. (29. 5) commixta familia et una domus. L. 1 rer. amot. (25. 2) . . quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut Nerva, Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret. So bezeichnen auch die Gatten ſelber ihr Vermögen als gemeinſchaftliches, ſ. z. B. Grabinſchrift der Turia II. v. 37 (in der Zeitſchr. f. R. G. B. 5 S. 166): Neque matrimonii, quod adhuc fuerat commune, separationem facturam, nihil sejunctum, nihil separatum te habituram und daſelbſt I. 38: officia

die Frau als Herrin und Regentin des Hauses,[318]) und die Natur des vermögensrechtlichen Verhältnisses, wie es dem strengen Recht nach für die Manusehe bestand, besaß für das gewöhnliche Leben so wenig Realität, daß eine ordentliche römische Hausfrau nicht bloß ihre Dotalsachen, obschon sie doch in's Eigenthum des Mannes übergegangen waren, ganz so wie unsere heutigen Frauen nach wie vor als ihre eigenen bezeichnete,[319]) sondern sogar über ihre Werthsachen selbständig verfügte,[320]) und ein Ehemann, der es versucht hätte, die gesetzliche Theorie von seinem unbeschränkten Eigenthum an den Dotalgegenständen seiner Frau praktisch zur Anwendung zu bringen, dürfte in den meisten Fällen einen schweren Stand gehabt haben. In Bezug auf die Dotalgrundstücke erhob die lex Julia de fundo dotali diese thatsächliche Stellung der Frau sogar zur rechtlichen, indem das Gesetz die Veräußerung derselben an die Zustimmung der Frau knüpfte. Die praktische Bedeutung des römischen ehelichen Güterrechts wie überhaupt aller güterrechtlichen Systeme ist ungleich weniger in dem Verhältniß der Gatten zu einander zu suchen — ist es

ita partiti sumus, ut ego tutelam tuae fortunae gererem, tu meae custodiam sustineres. Darum nahm man im Leben sogar eine Beerbung der in der Manus-Ehe verstorbenen Frau durch den Mann an, während juristisch der Tod der Frau an dem vermögensrechtlichen Verhältniß nichts änderte, Serv. ad Aen. 7, 424 sibi invicem succedebant.

318) Macrob. Saturn. 1, 15 .... postridie autem nuptam in domo viri dominium incipere oportet apisci et rem facere divinam. Dionys. 2, 25. Plaut. Casina prol. 44: herae, Asin. 3, 1. 2, 6: matris imperium.

319) Plaut. Asin. 1, 72: dotalem servum adduxit uxor tua, cui plus in manu sit, quam tibi. Miles glor. IV. 6, 62. 63. Quin tua causa exegit virum a se — Quid? qui id facere potuit? — Quia aedes dotales hujus sunt. Die bekannte l. 30 Cod. de jure dot. (5. 12).. et naturaliter permanserunt in ejus dominio. L. 3 §. 5 de minor (4. 4) ipsius filiae proprium patrimonium. L. 71 de evict. (21. 2), l. 75 de jure dot. (23. 3), l. 4 de coll. bon. (37. 6). Die Formel der Scheidung: tuas res tibi habeto. l. 2 §. 1 de divort. (24. 2).

320) So verfügen z. B. die Matronen selbständig über das Gold, das sie besitzen, Liv. V. 25, 50. Festus matronis.

das richtige, so herrscht thatsächlich bei ihnen immer Gütergemeinschaft d. i. Gemeinsamkeit der rechtlichen Verfügung — als vielmehr in dem Verhältniß zu dritten Personen, insbesondere zu den Gläubigern im Fall des Concurses. Welches System immerhin auch das Gesetz aufstellen möge, im Innern des Hauses gibt nicht das Gesetz, sondern das Verhältniß der Ehegatten den Ausschlag. Welche Bewandtniß es mit dem jus necis ac vitae des Mannes über die Frau hatte, werde ich unten bei Gelegenheit der Verwandtengerichte nachweisen.

Aus der bisherigen Darstellung ergibt sich zur Genüge, daß der Grund der eheherrlichen Gewalt unmöglich in einer sittlich niedrigen Auffassung der Ehe gefunden werden kann, und daß alle jene Phrasen von der Rohheit, dem Mangel des Moments der Liebe[321]) u. s. w. nur die völlige Unbekanntschaft mit dem römischen Volk und Leben documentiren. Bei den Römern selbst findet man auch in der späteren Zeit, als sie doch jedenfalls feinfühlend genug waren, um ein richtiges Urtheil zu haben, nicht die leiseste Andeutung einer solchen Auffassung; wo die angeblichen oder wirklichen Rohheiten des ältern Rechts[322]) besprochen werden, wird der manus gar nicht gedacht, weder mißbilligend, noch entschuldigend. Und doch hatte die spätere Zeit jene niedrige Culturstufe, als deren Ausfluß man die eheherrliche Gewalt charakterisiren will, bereits lange hinter sich, und es wäre unerklärlich, wie eine Zeit, die sonst so hoch stand, sich einen solchen Rest einer barbarischen Vorzeit hätte gefallen lassen sollen. Allerdings wurde jenes Gewaltverhältniß in den letzten Zeiten der Republik durch die mehr und mehr in Mode kommende Ehe ohne Manus

321) An schönen Zügen der innigsten Liebe fehlte es der Römerwelt nicht, wohl aber mir an dem Beruf, sie hier zusammenzustellen. Ich verweise beispielsweise auf Valerius Max. 5. 6, 2: morte uxoris audita doloris impotens pectus suum gladio percussit und das schöne Dokument der Liebe in der Grabschrift oder Grabrede der Turia (Note 317).

322) z. B. in der bekannten Kritik des ältern Rechts durch Favorinus bei Gellius 20. 1.

rechtlich zur Seite geſchoben und thatſächlich ſelbſt innerhalb der Manusehe zu einer bloßen Fiction gelockert, allein anſtatt, wie es nach der entgegengeſetzten Anſicht der Fall hätte ſein müſſen, darin einen Fortſchritt zum Beſſern zu finden, erblickten die beſſern Naturen, und mit vollem Recht, darin ein Zeichen der überhandnehmenden Demoraliſation. [323])

Ueber die Geſtalt, welche die väterliche Gewalt im Leben an ſich trug, mögen wenige Worte genügen.

Daß die römiſche Zucht und Kinder-Erziehung eine ſtrengere war als die heutige, iſt unleugbar. Dem Staat kam es zu gute, daß in der Familie eine ſtrenge Disciplin herrſchte, daß bereits hier die Gewöhnung an Ordnung und Gehorſam begann. Aber daß die patr. pot. nicht dazu da ſei, um die Kinder zu tyranniſiren, daß die Liebe das belebende Prinzip des Verhältniſſes ſein ſolle, daß der Vater eine Erziehungspflicht habe — das haben auch die Römer ſich nicht verhehlt. [324]) Wäre die patr.

---

323) z. B. Cato in ſeiner Rede für die lex Oppia Liv. 30, c. 2—4.

324) Liv. I. 9: nihil carius humano generi. Ueber den Geiſt, in dem ſie zu handhaben iſt, ſ. l. 5 de leg. Pomp. de Parr. (48. 9) . . patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere. Terent. Adel. I. sc. 1. Cic. ad Att. 10, 4: indulgentia nostra depravatus, 14, 17. Ueber die factiſche Stellung der Kinder in vermögensrechtlicher Beziehung l. 11 de lib. et posth. (28. 2). In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur . . . Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. L. 1 §. 12 de succ. ed. (38. 9): paene ad propria bona veniunt, l. 50 §. 2 de bon. lib. (38.2). Capitol. Marcus cap. 5: res sua. Darauf zielt auch die retentio propter liberos bei der Dos, Boeth. zu Cic. Top. c. 4 (Orelli p. 303) quare quoniam quod ex dote conquiritur, liberorum est, qui in patria potestate sunt, id apud virum necesse est permanere und die Befreiung von der Erbſchaftsſteuer Plin. Paneg. 37. Ueber die Enterbung Seneca de clem. 1, 14. Daher werden die Kinder ſelbſt domini und heri genannt z. B. bei Plautus Capt. Prolog. 18: Domo quem profugiens dominum abstulerat, vendidit, Asin. II. 2, 63 herus major . . .

pot. in Wirklichkeit ein Verhältniß der Willkür gewesen: wer hätte sich arrogiren lassen, freiwillig seine Unabhängigkeit und Selbständigkeit gegen das Loos eines Sklaven vertauschen mögen?

Wir haben einen entscheidenden Gesichtspunkt, der unsere beiden Verhältnisse erst in's rechte Licht setzt, bis zuletzt aufgespart. Zu den öfter berührten thatsächlichen Einflüssen, welche die rechtliche Unbeschränktheit des Subjects in allen Richtungen moderirten und bestimmten, gesellte sich nämlich für das Familienleben noch ein unendlich wichtiger und einflußreicher Factor hinzu, nämlich die Familie selbst, d. h. der Inbegriff sämmtlicher Verwandten. Der natürlich-sittliche Zusammenhang des Einzelnen mit seiner Familie, der in der ältern Gentilverfassung *rechtliche* Gestaltung gewonnen und mit ihr sie verloren hatte, ward durch die Sitte in Form der *Familiengerichte* wieder zur Geltung gebracht.

---

minor hic est intus, Capt. III. 5, 49 herum servavi (den Sohn) . . cui me custodem addiderat herus major meus. Daher cura prodigi über den Vater im Interesse der Kinder. Mit dem peculium verhielt es sich wie bei den Sklaven, nur daß es oft ungleich größer war als bei diesen. Manche filiifamilias hatten bereits bei Lebzeiten ihres Vaters ein bedeutendes Vermögen in Händen, führten einen eigenen Haushalt und machten großen Aufwand, ohne daß ihre Unfähigkeit, eigenes Vermögen zu besitzen, je eine praktische Folge gehabt hätte. Man denke sich, daß ein Vater seinem Sohn, der eine hervorragende Stellung im Leben einnahm, die höchsten Ehrenämter bekleidete, eigene Familie hatte u. s. w., plötzlich aus reiner Laune sein Vermögen hätte entziehen sollen! So etwas ist auf dem Papiere leicht gesagt, aber im Leben stellt sich die Sache doch etwas anders. Ein solcher selbständiger Haushalt nebst factischer Unabhängigkeit des erwachsenen Sohnes kam schon in ältester Zeit vor; so erwähnen einige Autoren bereits beim Sp. Cassius, dem Urheber der ersten lex agraria (U. C. 261) ein peculium. Val. Max. 5, 8. 2. 6, 3. 1 (domum). Liv. 2, 41 (. . signum inde factum et inscriptum: ex cassia familia datum). Dionys. 8, 78 nimmt Anstoß daran, daß seine Quellen dem Cassius nach der Vorstellung des gewöhnlichen Lebens Eigenthum beilegten, und macht ihn darum zum paterfamilias. Cic. pro Rosc. Am. c. 15, 43 der bei seinem Clienten des Peculiums gedenkt, (»certis fundis patre vivo frui solitum esse«) bezeichnet es als ein regelmäßiges (»quod consuetudine patres faciunt«).

Die Unbestimmtheit und Biegsamkeit, die wir oben (§. 25) als den Charakterzug der Sitte haben kennen lernen, äußert sich an diesem Institut in mannigfacher Weise. Theils nämlich hinsichtlich des Begriffs der Familie, es ist nicht der juristische, der der Agnaten, sondern der der natürlichen Familie,[325] der Kreis der Blutsverwandten, ja so wenig ist dieser Kreis abgeschlossen, daß auch die nähern Freunde[326] zu ihm herangezogen werden. Man könnte sagen: es ist die ethische Umgebung des Subjects, der Umkreis, innerhalb dessen seine sittlich häusliche Existenz ihre Wurzeln treibt, der Chor, der wie im griechischen Drama ihn durch Billigung und Mißbilligung bei seinen Handlungen bestimmen soll, und von dessen Gunst oder Ungunst, Beistand oder Theilnahmlosigkeit der Frieden und die Behaglichkeit seiner Existenz abhängt. Wer diesen Chor mit bildet, ob alle Verwandte, oder nur die nähern bis zu einem gewissen Grade, ob auch die Freunde u. s. w., darüber hat die Sitte keine Norm; möge der Einzelne im einzelnen Fall selbst bestimmen, wen er zu den propinqui, necessarii, amici u. s. w. rechnet. Die Unbestimmtheit des Instituts äußert sich ferner darin, daß die unterlassene Zuziehung jener Personen in Fällen, wo dieselbe hätte Statt finden sollen, bald als arger Verstoß gegen die Sitte allgemeine Mißbilligung erfuhr und schwere Folgen für den Widerspenstigen nach sich zog, bald aber auch nicht. Am häufigsten[327] wird

---

325) Darauf weisen nicht bloß die Ausdrücke propinqui, amici, cognati u. s. w. hin, sondern hinsichtlich des Verwandtengerichts über die Ehefrau in manu verstand es sich von selbst, daß man die Verwandten von ihrer Seite, also die Cognaten nicht übergehen konnte.

326) Mitunter sogar fern stehende Personen von Rang z. B. August bei Seneca de clement. 1. 15. Ja bei Val. Max. 5. 9, 1 wurde ein großer Theil des Senats zugezogen. Selbst die Freigelassenen der Familie, l. 22 de his quae ut (34. 9) libertis patris instantibus. Nach Kleuze in der Zeitsch. f. geschichtl. R. W. VI. S. 31 „gewinnt das ganze Hausgericht erst eine feste Gestalt durch feste Regeln über die Berufung der Richter." Als ob es sich hier um etwas Festes, um ein Rechtsinstitut handelte!

327) Es bedarf für diese sehr bekannte Sache keiner Belegstellen. Ich

die Zuziehung der Verwandten und Freunde berichtet in Bezug auf Ausübung des jus necis ac vitae über Ehefrauen und Kinder. Der Ehemann oder Vater[328]) berief die Verwandten zusammen, legte ihnen den Fall vor und sprach und vollzog das in Gemeinschaft mit ihnen[329]) gefundene Urtheil. Aber auch bei anderen wichtigen die Familienverhältnisse betreffenden Handlungen des Gewaltinnehabers erforderte die Sitte eine Berathung mit den Verwandten; so wird uns dies z. B. ausdrücklich hinsichtlich der Ehescheidung bezeugt.[330]) Ueberhaupt mochte kein wichtiges Ereigniß im Innern der Familie vorkommen, an dem sie nicht Theil nahmen, sei es zur Verherrlichung des Aktes, wie bei Anlegung der toga virilis, bei Verlobungen u. s. w.,[331]) sei es um ihre Billigung einzuholen. Sie waren die natürlichen Beschützer aller schutzbedürftigen Personen innerhalb der Verwandtschaft,[332]) und ihr Urtheil, ihre Fürsprache und Einsprache

---

verweise auf Klenze Zeitschrift für gesch. Rechtsw. B. VI. S. 25 fl. und Geib Gesch. des röm. Krim.-Proz. S. 84 fl.

328) Auch hinsichtlich der reinen Rechtsfrage, wer im concreten Fall zur Ausübung des jus necis ac vitae berufen war, und wer folglich die Verwandten zum Gericht zu entbieten hatte, ward es im Leben wohl nicht so genau genommen. So spricht z. B. bei Cic. de finib. 1, 7 der Vater, der seinen Sohn in Adoption gegeben hatte, statt des jetzigen Innehabers der potestas das Urtheil, so mochte über die Ehefrau, die noch in der patr. pot. ihres Vaters, also nicht in der manus des Mannes stand, letzterer häufiger das Gericht berufen als ersterer.

329) Daß er juristisch nicht an ihre Ansicht gebunden war, versteht sich von selbst, und es verräth ein Verkennen der ganzen Einrichtung, wenn man dies in Frage stellt, aber ebensosehr liegt auf der Hand, daß das Urtheil der Verwandten factisch in der Regel den Ausschlag gegeben haben wird.

330) Val. Max. 2, 9, 2. Die Censoren stießen Jemanden, der es unterlassen, aus dem Senat. So erklärt bei Plautus Stichus I. 2, 71 ein Vater, der die Ehe seiner Tochter vermöge der patr. pot. trennen will: mihi auctores ita sunt amici, ut vos hinc abducam domum.

331) Cic. ad Quint. 2, 6. Appian. bell. civ. 4, 30. Liv. 2, 36.

332) Namentlich führten sie auch die Aufsicht über den Tutor und trugen durch die act. susp. tutoris auf seine Remotion an — überhoben also den Staat der Mühe sich darum zu bekümmern — stellten im Interesse der Kinder des Verschwenders den Antrag, eine cura prodigi anzuordnen u. s. w.

fand bei der kräftigen Entwickelung des Familiensinns in alter Zeit eine ganz andere Beachtung als heutzutage. Wir dürfen ihre Stellung und ihr Auftreten nicht nach heutigen Ideen beurtheilen; ihre Prätensionen waren keine Anmaßung, sondern Ansprüche, die in der römischen Auffassung des Verhältnisses begründet lagen, und die sich ohne Aufsehen und öffentliches Aergerniß nicht zurückweisen ließen. Ich will ein belehrendes Beispiel mittheilen, welches dies Auftreten der Verwandten in ein helleres Licht setzt, als die weitläufigste Ausführung es könnte. Der Sohn von Scipio Africanus dem ältern, dem Vater in jeder Weise unähnlich, war trotz seiner Unwürdigkeit vom Volk zum Prätor erwählt und machte als solcher seinem Amt und seiner Familie die größte Unehre. Hier hielten es die Verwandten für ihre Pflicht, die Ehre des Geschlechts zu wahren; sie machten ihm nicht bloß jede Amtshandlung unmöglich, sondern zogen ihm sogar den Ring mit dem Bildniß des Vaters vom Finger.[333]) Dies geschah gegen einen römischen Prätor und gegen einen Mann, der sich aus dem Urtheil der Welt nichts machte, und der also schwerlich sich einem solchen Einschreiten der Familie gefügt haben würde, wenn er sich mit Erfolg dagegen hätte auflehnen können.

So wenig nun die Zuziehung der Verwandten bei Ausübung des jus necis ac vitae rechtlich vorgeschrieben war, so mißlich war es doch in der Regel, dieselbe zu unterlassen. Es lag der Verdacht zu nahe, daß man sich nicht getraut habe, ihnen die Sache vorzulegen, und nur wo die Schuld des zu bestrafenden Kindes ganz außer allem Zweifel war, mochte Jemand es ohne Nachtheil wagen, sich über die Sitte hinwegzusetzen.[334]) Jedenfalls war es für den Vater im eigenen Interesse unter allen Umständen das Gerathenste, die Sitte zu beachten, denn es ließ sich nicht berechnen, ob nicht schon der Censor ganz abgesehn von der Ge-

333) Val. Max. 3. 5, 1. Nur braucht man dabei nicht an ein eigentliches Verwandtengericht zu denken.

334) S. z. B. Val. Max. 5. 8, 3. . ne consilio quidem necessariorum indigere se credidit. id. 6. 3, 9. Sall. Catil. 39.

rechtigkeit des gefällten Spruches die Verletzung des Herkommens rügen und strafen würde.[335] Ein wirklicher Mißbrauch der Gewalt aber konnte noch ganz andere Folgen haben. Von einem über die Hausangehörigen verhängten und vollzogenen Todesurtheil unterschied die öffentliche Meinung sehr wohl einen Todtschlag derselben. Wer sich letztern hatte zu Schulden kommen lassen, konnte vor die Volksversammlung gestellt werden, und das Pochen auf sein jus necis ac vitae, in dem jener Unterschied allerdings nicht zu Tage lag, konnte ihm bei der Gestaltung und dem Geist der ältern Strafrechtspflege (S. 48) wenig nützen; die sittliche Entrüstung des Volks ließ sich dadurch nicht beschwichtigen.[336] Wird uns doch sogar von einem Fall berichtet, wo ein Vater angeklagt ward, weil er seinen Sohn, der durch Talent und Geschlecht zu Höherem bestimmt sei, ausschließlich zur Feldarbeit verwende und ihm dadurch die politische Laufbahn verschließe.[337] Daß auch das Vaterland ein Anrecht auf die Kinder habe, war ein Gesichtspunkt, den der Vater bei Ausübung seiner patr. pot. nicht außer Acht lassen durfte. Von seinem Standpunkte aus betrachtet war seine Strafgewalt ein reines Privatrecht, vom Standpunkte des Staats aus ein im allgemeinen Interesse als Mittel der Erziehung und Zucht verliehenes Amt. Darum unterlag der censorischen Rüge nicht minder, wer die Zügel des Hausregiments zu schlaff, als wer sie zu straff angezogen hatte. Voll-

335) Wie in dem Fall der Anm. 330.

336) Fälle bei Orosius 3. 9 exstitit parricida, . . filium enim suum peremit; 5. 15 (16): Q. Fabius Maximus filium suum . . cum duobus servis parricidii ministris interfecit . . . Die dicta Cn. Pompejo accusante damnatus est. Seneca de clem. 1, 14. Ein anderer Fall, in dem der Angeklagte für schuldlos erkannt und freigesprochen wurde s. bei Plin. Hist. nat. 14, 14. Valer. Max. 6. 3, 9 u. a. Ob dieser Fall, den Plinius unter Romulus verlegt, mythisch ist, relevirt nichts für die allein wesentliche Frage, wie die Römer die Sache auffaßten, und daß sie die im Texte ihnen untergelegte Entscheidung wirklich machten, geht aus Plinius hervor: eumque caedis esse absolutum.

337) Val. Max. 5. 4, 3.

kommen in Stand gesetzt, die Seinen zur Zucht und Ordnung anzuhalten, galt er selber in den Augen des Volks für die gute Aufführung derselben auch für verantwortlich,[338] und von ihm konnte man, wenn dieselben ein Verbrechen begingen, zunächst erwarten, daß er die verdiente Strafe über sie verhängen und sich selbst von der moralischen Mitschuld lossagen würde. Der Staat hatte aber gewiß nur in den seltensten Fällen nöthig selbst einzuschreiten;[339] die römischen Väter und Männer wußten in alter Zeit, was ihre Pflicht war, und besaßen Seelenstärke genug, um sie zu erfüllen.

So wenig nun dieser Gesichtspunkt der Pflicht in der juristischen Construction der hausherrlichen Gewalt Berücksichtigung fand: in der Wirklichkeit war er der bestimmende; bestimmend nicht bloß für die Handhabung derselben, sondern nicht minder für die ganze Auffassung derselben. In dem Bilde, das wir heutzutage von der hausherrlichen Gewalt entwerfen, würde ein alter Römer dieselbe kaum wieder erkannt und es schwerlich begriffen haben, wie eine Institution, auf die Rom stolz sein konnte, und die wie keine andere die Quelle altrömischer Kraft und Tugend und der wirksamste Hebel römischer Größe war, dermaleinst von den Kennern des römischen Rechts und Alterthums seinem Volke zum schweren sittlichen Vorwurf angerechnet werden würde.

---

338) Hinsichtlich der Frauen erkennt Cicero in einem Fragment aus lib. 4. de republica (Nonius de num. et cas. p. 499) dies ausdrücklich an: nec vero mulieribus praefectus praeponatur, qui apud Graecos creari solet, sed sit Censor, qui viros edoceat mulieribus moderari.

339) Hinsichtlich der Frauen werden einige Fälle erwähnt wo die Strafe von Staatswegen gefällt, die Vollziehung derselben aber den Verwandten überlassen wurde. Val. Max. 6. 3, 7. Liv. 39. 18. Sueton. Tiber. 35.

3. Der objective Freiheitsgehalt der Institute eine Schranke der subjectiven Autonomie.

Die Gefahr der Selbstvernichtung eine Klippe der subjectiven Freiheit — der Objectivismus in der Auffassung der Freiheit (die Freiheit eine Pflicht) — Nachweis desselben am römischen Recht, namentlich am Eigenthum (Servituten).

XXXIII. Ein Punkt, an dem die Auffassung des Freiheitsbegriffs wie an keinem andern ihre Probe bestehen kann, ist die im Begriff der Freiheit scheinbar enthaltene Möglichkeit einer Selbstvernichtung derselben. Das Recht frei zu sein, hat man oft gesagt, schließt mit Nothwendigkeit die Möglichkeit in sich, die Freiheit ganz oder theilweise aufzugeben; ist letztere ein Recht, warum sollte ich nicht darauf verzichten, ist der Wille frei, warum sollte seine Thätigkeit nicht auch darin bestehen können, sich selbst zu beschränken, sich zu binden und zu fesseln? So trüge also die Freiheit den Keim der Unfreiheit in sich, und aus der Aussaat der Freiheit könnte das Unkraut der Unfreiheit hervorgehen. Und in der That scheint das deutsche Recht bewußt oder unbewußt von dieser selbstmörderischen Auffassung des Freiheitsbegriffs ausgegangen zu sein. Der freie Mann konnte durch Vertrag seine persönliche Freiheit aufgeben oder mindern, Sklave oder Leibeigner werden; durch Reallasten, die er auf sein Grundstück legte, durch Familienfideicommisse u. s. w. die Freiheit des Eigenthums für ewige Zeiten binden und Preis geben, durch Erbverträge die testamentarische Freiheit opfern u. s. w. Kurz die Institute, die der Freiheit dienen sollten, wurden in Wirklichkeit zu Werkzeugen der Unfreiheit, zu Ketten und Banden, unter denen die subjective Freiheit erlag.

Diese Möglichkeit einer Selbstvernichtung scheint, wie gesagt, im Wesen der Freiheit begründet und damit der Beweis erbracht zu sein, daß die Freiheit in ihrer vollen Consequenz praktisch unausführbar ist. Das ist jedoch nur Schein; nur die falsche Freiheit gräbt sich ihr eigenes Grab. Der Anspruch des Indivi-

duums auf die rechtliche Freiheit stützte sich, wie wir §. 30 nachzuweisen versuchten, auf eine ethische Grundlage, — den schöpferischen Beruf der Persönlichkeit. Daraus ergibt sich zunächst für das Individuum der Gesichtspunkt, daß sein Recht auf Freiheit zugleich eine Pflicht ist, für den Staat aber, daß er nur diese wahre, ethisch berechtigte Freiheit des Subjects anzuerkennen und zu verwirklichen hat. Seine Aufgabe der Freiheit des Subjects gegenüber ist also nicht eine bloß negative, ein Gewährenlassen, ein Nichteingreifen in ein fremdes Gebiet, seine Stellung nicht die des indifferenten Zuschauers; sondern seine Aufgabe ist wesentlich positiver Art: Verwirklichung der rechtlichen Freiheit, Sicherstellung derselben gegen die Gefahr einer Unterdrückung oder Entziehung, drohe dieselbe von außen oder von Seiten des Subjects selbst (Selbstvernichtung der Freiheit.) Darin eine dem Begriff der Freiheit widerstrebende Bevormundung von Seiten des Staats zu erblicken, ist nur möglich, wenn man weder der Freiheit, noch dem Staat eine sittliche Bestimmung zuschreibt.

Das römische Recht gewährt uns für die vorliegende Frage ein höchst instructives Beispiel, das uns aller ferneren allgemeinen Betrachtungen überhebt. Es hat wohl noch nie ein Recht gegeben, das den Gedanken der Freiheit in so würdiger und richtiger Weise erfaßt hat wie das römische. Jene Gefahr der Selbstvernichtung, welche, wie das Beispiel des deutschen Rechts zeigt, für die falsche Auffassung der Freiheit die Klippe bildet, an der sie strandet, ist vom römischen Recht in meisterhafter Weise erkannt und fern gehalten worden. Die Form, in der dies geschehen, war nicht die eines äußern gesetzlichen Verbots des Mißbrauchs der Freiheit, sondern die von der Jurisprudenz dem Wesen der Freiheit selber entnommene Selbstbeschränkung derselben auf wissenschaftlichem Wege.

Die römische Anschauungsweise und damit die Quintessenz der folgenden Ausführung läßt sich am bezeichnendsten in der Weise ausdrücken, daß erstere in der Freiheit nicht etwas Subjectives, ein Gut oder eine Eigenschaft der Person, sondern eine

objective, vom Willen der Person unabhängige unzerstörbare Eigenschaft der Rechtsinstitute erblickt.

Die privatrechtlichen Institute sind die Formen, in denen das Freiheitsbedürfniß des individuellen Lebens sich befriedigt. In ihrer Gesammtheit repräsentiren dieselben die sämmtlichen Seiten und Richtungen der Bewegung der subjectiven Freiheit; jedem einzelnen derselben wohnt der Gesichtspunkt eines bestimmten Freiheitsbedürfnisses und Freiheitszweckes inne. Diesen Gesichtspunkt hat das römische Recht meisterhaft erfaßt und durchgeführt, d. h. es hat den Zweck des Instituts zum Maß für die dem Subject innerhalb desselben zu verstattende freie Bewegung gemacht. Die abstracte Freiheit des Subjects findet also an der in dem einzelnen Institut enthaltenen objectiven Freiheit ihr Maß und Ziel vor, eine Bahn, die sie einzuhalten hat, damit sie nicht mit sich selbst in Widerspruch gerathe; die Freiheitstheorie der einzelnen Institute ist die verwirklichte Disciplin des abstracten Freiheitsgefühls. Dispositionen, die dem Zweck des Instituts widerstreiten, sind daher nichtig und unwirksam.

An der gegenwärtigen Stelle können wir diesen Gesichtspunkt nicht nach seiner ganzen Ausdehnung verfolgen,[340] sondern nur nach einer ganz bestimmten Seite hin, nämlich rücksichtlich der Unwirksamkeit von Verträgen und Dispositionen, durch die das Freiheitselement des einzelnen Instituts dahin gegeben werden soll, bei denen also die subjective Freiheit des Disponenten mit der objectiven Freiheit des Instituts in Widerspruch geräth.

Daß die vertragsmäßige Aufgabe der persönlichen Freiheit nach römischem Recht unmöglich ist, darf ich als bekannt voraussetzen. Zur Strafe konnte die Freiheit verloren gehen d. h. sie konnte verwirkt werden z. B. von dem Dieb, dem insolventen Schuldner u. s. w., aber ein Verzicht auf dieselbe, ein Vertrag,

340) Was wir hier übergehen und bei einer andern Gelegenheit nachholen wollen, ist die Beschränkung des Willens durch das logische Element der Institute.

wodurch Jemand sich zum Sklaven eines Andern machte war nach römischem Recht ungültig.[341])

Wie weit war eine Beschränkung der persönlichen Freiheit möglich? Jede Obligation enthält eine Belastung der Person. Hätten die Römer nun die ihnen mitunter angedichtete Vorstellung von der unbedingt verbindenden Kraft des obligatorischen Willens wirklich gekannt, so würde die Obligation das Mittel dargeboten haben, die Freiheit dem Effect nach völlig zu untergraben, z. B. durch Uebernahme lebenslänglicher Dienstbarkeit, durch das Versprechen, sich nie vom Orte zu entfernen, ohne Willen des Andern sich nicht zu verheirathen, nichts zu veräußern u. s. w. Diese Vorstellung war den Römern völlig fremd. Ihre Obligation hatte zunächst eine ausschließliche Beziehung und Richtung auf das Vermögen; eine Abweichung von dieser ihrer Bahn war in alter Zeit schon durch die objective Aestimation des ältern Rechts (S. 110) unmöglich gemacht. Das ältere Recht kannte nach der dort geäußerten Ansicht keine Obligationen auf Dienstleistungen, sondern nur auf Sachen, d. h. es erstreckte sich nur so weit als das Sachenrecht. Daß man die Hingabe einer Sache, sei es durch mancipatio, in jure cessio oder durch bloße traditio, bindend versprechen konnte, daraus ergab sich in den Augen der Römer keineswegs, daß dasselbe auch hinsichtlich solcher Handlungen, die in persönlichen Dienstleistungen bestehen, hätte gelten müssen. Denn was dort versprochen, ist ein Stück des Vermögens oder, juristisch correcter ausgedrückt, zwar eine Leistung, aber eine solche, die in der Vornahme eines Rechtsgeschäfts des Sachenrechts besteht; ein Versprechen hingegen, das über das Sachenrecht hinausgeht, wirft die Fessel des Rechts über die Person selber, veräußert gewissermaßen ihre persön-

341) Einer vertragsmäßigen Sklaverei kam jedoch ziemlich nahe das auctoramentum, der Vertrag, durch den die Gladiatoren sich dem Willen ihres Herrn unterwarfen (Schulting Jurisprud. antiq. Noten zur Collatio leg. mos. tit. IV. §. 3, IX. §. 2), ein Verhältniß, das schwerlich aus der guten alten Zeit datirt.

liche Kraft, kurz es bezweckt ein Verhältniß partieller Unfreiheit, an dem das römische Freiheitsgefühl Anstoß nimmt. [342]) Als die Macht der Verhältnisse gleichwohl die rechtliche Zulassung desselben erzwungen hatte, sträubte man sich dennoch, einen directen Zwang auf Vornahme der Handlung zu statuiren, und der Grundsatz des römischen Prozesses, daß jede Verurtheilung auf Geld lauten müsse, hielt noch fortdauernd die uralte römische Anschauung aufrecht, daß der freie Römer keine Anweisung auf sich selbst, sondern nur auf sein Vermögen geben könne.

Aber unbeschadet dieses Grundsatzes, scheint es, hätte man trotzdem durch richtige Anwendung der Conventionalpön (S. 113) die persönliche Freiheit vollständig vernichten können, indem man sich vom Gegner für den Fall der Unbotmäßigkeit ein Strafgeld in beliebiger Höhe versprechen ließ. Hier aber zeigt sich wiederum recht deutlich, daß die Römer die objective Idee der persönlichen Freiheit höher stellten als das Prinzip der abstracten subjectiven Willensfreiheit; denn alle derartige Verträge, welche die persönliche Freiheit antasteten, waren nichtig. [343]) Eine Parallele dazu findet sich im Erbrecht. Der Testator, der die persönliche Freiheit des Erben auf directem Wege durch Verbote und Gebote nicht zu beschränken vermochte, konnte auf die Idee verfallen, es indirect durch Anordnung bedingter Vermächtnisse zu bewirken (z. B. wenn mein Erbe sich verheirathet, soll er dem A 1000 zahlen; ein Legat mit dem Zweck einer Conventionalpön, d. i. legatum poenae nomine relictum). In der Kaiserzeit

342) Cicero de offic. I. 42: Illiberales autem et sordidi quaestus mercenariorum omniumque, quorum operae, non artes emuntur. Est enim in illis merces auctoramentum servitutis... Opificesque omnes in sordida arte versantur, nec enim quidquam ingenuum potest habere officina. ibid. II. 6: quae est sordidissima ratio.

343) L. 71 §. 2 de cond. (35. 1) .. non esse locum cautioni, per quam jus libertatis infringitur. Wilh. Sell, die Lehre von den unmöglichen Bedingungen. S. 189 fl. Eine Ausnahme bei Freigelassenen im Verhältniß zum Patron l. 1 de bon. lib. (38. 2).

ward ein solches Legat schlechthin für ungültig erklärt,[344] einerlei ob die Handlung, zu welcher der Erblasser den Erben durch die Aussicht auf den Verlust veranlassen, oder von der er ihn abhalten wollte, unter den Gesichtspunkt einer Beschränkung der persönlichen Freiheit fiel oder nicht. Für das ältere Recht existirte ein solches absolutes Verbot nicht, aber im Geiste desselben darf man annehmen, daß von einem solchen Straflegat dasselbe galt, wie von der Conventionalpön, d. h. Nichtigkeit für den Fall, daß die persönliche Freiheit des Erben dadurch beeinträchtigt werden sollte.

Im Eherecht bewährt sich unser Gesichtspunkt an der Unklagbarkeit aller Verträge, die der vom römischen Recht als Prinzip aufgestellten Freiheit der Ehe widerstreben würden, z. B. der Verträge, mittelst deren man direct oder mittelbar [unter dem Versprechen einer Conventionalpön] sich anheischig machte, eine Ehe zu schließen oder nicht zu schließen, zu trennen oder nicht zu trennen.[345] Streitig ist nur, ob nicht die Sponsalien im ältern Recht klagbar gewesen seien; für das neuere Recht steht das Gegentheil fest.[346] Betrachtet man die Frage von vornherein, so muß die angebliche Klagbarkeit derselben höchst bedenklich erscheinen. Die Ehe frei und jeden Moment lösbar, die Sponsalien bindend —

344) Durch Ant. Pius. Capitol. in vita Ant. Pii c. 8. Diese Allgemeinheit des Verbots ward durch Justinian wieder aufgehoben und damit das frühere Recht, in dem der Charakter der dem Erben zugemutheten Handlung über die Gültigkeit des Legats entschied, wieder hergestellt. Die Behauptung, daß Antonin jenes Verbot nicht sowohl erweitert, als erst eingeführt habe, ist ein Irrthum; schon Sabinus kannte es. §. 36 I. de leg. (2. 20).

345) L. 134 pr. de V. O. (45. 1) Inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive jam contracta. L. 2 Cod. de inut. stip. (8. 39.) Libera matrimonia esse antiquitus placuit. L. 14 Cod. de nupt. (5. 4) l. 19. l. 71 §. 1 de V. O. (45. 1).

346) Eine indirecte Bestärkung durch arrha war auch hier möglich, enthielt aber keine Ausnahme, insofern ja die Wirksamkeit dieses Mittels die Erhebung einer Klage nicht erforderte. L. 38 pr. de R. N. (23. 2). Isidor. Orig. IX. 8. §. 4, 5.

das wäre ein seltsamer Widerspruch. Woher käme den Sponsalien eine stärkere Kraft als der Ehe, während man doch eher das Entgegengesetzte erwarten sollte? Und welchen praktischen Nutzen hätte sie gehabt? Wenn der Bräutigam oder der Vater der Braut sich der Eingehung der Ehe widersetzten, so hätten sie, meint man, mit der act. ex sponsu gezwungen werden können.[347]) Allein was half der Zwang, wenn beide gleich hinterher die Ehe wieder trennen konnten? Damit war ja der Weg gewiesen, um die Klagbarkeit der Sponsalien völlig zu vereiteln, und ich meine, den Römern sollte man am wenigsten ein so nutzloses Spiel mit einer Klage zutrauen. Die Idee der Klagbarkeit stützt sich auf die Autorität des Varro; welche Bewandtniß hat es mit letzterer? Der Ausdruck spondere, sponsio bezeichnete zu Varro's Zeit einen civilrechtlich obligirenden Akt: die Stipulation, und für einen Etymologen und Nichtjuristen lag der Irrthum nahe, den Umstand, daß jener Ausdruck auch bei dem Verlöbniß wiederkehrte (sponsalia, despondere, sponsus u. s. w.), und daß das Verlöbniß in Form der Stipulation abgeschlossen ward (spondesne gnatam tuam? spondeo),[347a]) durch die Annahme zu erklären,

347) Hinsichtlich des Vaters kann man sich auf ein ausdrückliches Zeugniß von Varro de L. L. VI. §. 72 berufen, allein wie gering die Autorität des Varro bei dieser Frage ist, wird nachher gezeigt werden.

347a) L. 2 de spons. (23. 1) Ulp. Sponsalia dicta sunt a spondendo, nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras. Varro de L. L. VI. 70. Bei Plautus ist dies die regelmäßige Form s. z. B. Aul. II. 2, 78. In dieser Stelle wird die Stipulation zugleich auf die »illae leges cum illa dote, quam tibi dixi« gerichtet, und wenn diese Cumulirung der vermögensrechtlichen Verebungen mit den persönlichen im Leben eine regelmäßige war, so würde sich daraus am einfachsten erklären, wie sich im Leben (z. B. Plaut. Aul. IV 10, 63: ut leges jubent, Plutarch. Cato min. 7) die Ansicht bilden konnte, daß die Sponsalien verbindende Kraft hätten. Wie wenig der Schluß von der Benutzung der Stipulation im Leben auf die Klagbarkeit berechtigt ist, lehrt am besten der Umstand, daß noch Arnobius adv. gent. IV. 20: habent speratas, habent pactas, habent interpositis stipulationibus sponsas die Stipulation erwähnt, ungeachtet doch zu seiner Zeit die Klaglosigkeit aller die Verlobung betreffenden Stipulationen zweifellos war l. 134 pr. de V. O. (45. 1).

daß die Sponsalien ursprünglich ganz die Kraft der gewöhnlichen sponsio gehabt hätten.[348]) Dazu kam, daß dieser Rechtssatz in der That in Latium bis zur lex Julia (664) Geltung gehabt hatte,[349]) was dem Varro, der sein Werk de lingua latina kaum 50 Jahre später schrieb (frühstens 706) nicht unbekannt gewesen sein kann. Daß jene beiden Momente den Schluß nicht begründen, läßt sich leicht zeigen.[350]) Denn sponsio bezeichnet ursprünglich keineswegs eine civilrechtliche, sondern eine religiöse Verpflichtung (§. 18), und das Recht Latiums dürfen wir ohne weitern Beweis nicht mit dem der Stadt Rom identificiren. Daß aber Varro bei dieser Frage nur Schlüsse gemacht, nicht berichtet hat, und daß seine Autorität hier eine höchst problematische ist, wird sich schwerlich in Abrede stellen lassen.[351])

---

348) Isidor. IX, 8, 3 geht gleichfalls von der Idee aus, daß das spondere hier eine juristische Verbindlichkeit begründet habe, bezieht es aber auf die Ehegatten und läßt (§. 6) den sponsus sponsores bestellen.

349) Gellius IV, 4 §. 3.

350) Im Resultat mit der zuerst von mir (1854) aufgestellten Ansicht einverstanden, aber ohne seinen Vorgänger zu nennen, und abweichend in der Begründung: M. Voigt, das jus naturale. II. S. 234 fl.

351) Was die sonstigen für die Klagbarkeit der Sponsalien geltend gemachten Gründe anbetrifft, so wird man, wenn man weiß, was die Römer unter fides verstanden (ich erinnere an fideicommissa d. h. in's Gewissen geschobene, also rechtlich nicht verbindende Auflagen) in der Stelle aus Festus: consponsos antiqui dicebant fide mutua colligatos nur die zutreffende Charakteristik des Verhältnisses als eines rein moralischen erblicken, es aber schwer begreifen können, wie ein namhafter neuer Rechtshistoriker in der fides mutua eine Andeutung von gegenseitigen Stipulationen hat finden wollen. — Einer Exception bedurfte es im ältern Recht gegen eine angebliche act. ex sponsu ebensowenig, wie gegen jede Klage, die ipso jure nicht begründet war. Gegen die Einklagung der Conventionalstrafe sichert freilich Paulus den Vater in der l. 134 pr. de V. O. (45. 1) durch eine exceptio. Daß aber eine stipulatio contra bonos mores (und eine solche nimmt Paulus hier an) nur auf diesem Wege hätte entkräftet werden können (unter dieser Voraussetzung also im ältern Recht nicht, Gai. IV. §. 108) ist bekanntlich unrichtig, in der Regel wird sie geradezu als nichtig erklärt (ein Beispiel aus dem Eherecht s. in l. 19 ibid.), und schwerlich wird man doch sich zu der Annahme entschließen, daß das ältere Recht, welches

Die Freiheit des Erbrechts besteht in dem Recht der beliebigen Errichtung oder Aenderung letztwilliger Dispositionen.[352] Alle Verträge oder Aenderungen, welche zum Zweck hatten, dieses Recht zu entziehen oder zu verkümmern, waren nichtig.[353]

Eins der interessantesten Beispiele bietet das Eigenthum,[354] und unsere Frage gewinnt hier eine ungemein hohe sowohl national-ökonomische als politische Bedeutung.

Das Eigenthum gewährt die Möglichkeit der unbeschränkten Benutzung und Verfügung über die Sache. Nun kann aber der Eigenthümer bekanntlich Dispositionen doppelter Art treffen: solche, welche bloß sein Recht, und solche, welche das der Sache berühren d. h. solche, welche ihre Wirkungen lediglich auf ihn beschränken wie z. B. Verpachtung, Verkauf der Sache, und solche,

---

keine Exceptionen kannte, alle Stipulationen einer Conventionalpön ohne Unterschied ihrer Tendenz für gültig erklärt habe.

352) Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum. L. 4 de adim leg. (34. 4).

353) L. 34 Cod. de transact. (2. 4). L. 4 Cod. de inut. stip. (8. 39). L. 15 Cod. de pact. (2. 3), libertatem testamenti faciendi. L. 61 de V. O. (45. 1). L. 17 pr. ad SC. Trebell. (36. 1). L. 15 §. 1 ad leg. Falc. (35. 2). L. 5 Cod. de pact. conv. (5. 14). Eingehung einer Societät zu diesem Zweck l. 52 §. 9 pro socio (17. 2). Verträge, wodurch Jemand für den Fall, daß ihm eine Erbschaft anfallen sollte, sich zur Annahme oder Ausschlagung derselben im voraus verpflichtet, sind gleichfalls ungültig, l. 4 Cod. de inut. stip. (8. 39). L. 3 Cod. de collat. (6. 20). L. 16 de suis et leg. (38. 16); ob aber der Gesichtspunkt, daß die Freiheit des Entschlusses dem berufenen Erben nicht verkümmert werden dürfe, der entscheidende war, lasse ich dahin gestellt, indem sich noch ein anderer darbietet, III. 160 Note 198.

354) Auch aus dem Besitz läßt sich eins anführen, l. 12 de precar. (43. 26): Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in Calendas Julias precario possideat, numquid exceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat. Der Gedankengang ist: im Besitz liegt das Recht der Ausschließung jedes andern, es ist dies die Freiheit, die der Besitz mit sich bringt, folglich ist ein Vertrag, der diese Freiheit aufgibt, vom Standpunkt des Besitzes aus unwirksam. L. 2 §. 2 ibid.

welche ihre Wirkungen auch auf dritte Personen erstrecken wie z. B. Bestellung von Hypotheken und Servituten. Dieser Gegensatz ist für die Frage, in welchem Umfange die Gesetzgebung die Eigenthumsfreiheit anerkennen soll, von ganz maßgebendem Einfluß. Die Dispositionen der ersten Art beschränken ihre nachtheiligen Folgen ausschließlich auf den Eigenthümer selber und seine Erben, sie schließen aber keine Gefahr für den Verkehr in sich. Hat der Eigenthümer sein Geld durchgebracht und die Sachen verkaufen müssen, so äußert seine schlechte Wirthschaft in der Person seines Nachfolgers keine weitern rechtlich nachtheiligen Folgen mehr, die Sache ist nur aus einer Hand in die andere gegangen, sie befindet sich aber in der zweiten ganz so frei wie in der ersten. Ganz anders aber verhält es sich mit solchen Dispositionen, welche das Recht der Sache (im Gegensatz zu dem des Eigenthümers) afficiren, in römischer Sprache ausgedrückt: welche dem Berechtigten eine in rem actio gewähren. Sind sie dauernder Art, so begründen sie, wie es die römische Sprache für die älteste Art derselben treffend ausgedrückt hat, einen Zustand der Unfreiheit (servitus), der jedem Besitzer für ewige Zeiten fühlbar bleibt. Die völlige Freigebung derartiger Dispositionen an die Privatautonomie schließt für das Eigenthum die größten Gefahren in sich, enthält den Ruin der wahren Eigenthumsfreiheit, eine Preisgebung der wahren Idee des Eigenthums. Das Anrecht auf Freiheit des Eigenthums, das jede neue Generation mit zur Welt bringt, wird durch den zeitweiligen Innehaber in einer leichtsinnigen Stunde consumirt; eine Uebereilung schleppt sich fortan durch alle Jahrhunderte durch. Man schlage die Folgen nicht zu gering an. Ich lege das Hauptgewicht nicht auf die pecuniäre, sondern auf die moralische Werthverminderung der Sache. Der moralische Einfluß, den das Grundeigenthum auf den Eigenthümer ausüben kann und soll: das Gefühl der Sicherheit, Freiheit, Unabhängigkeit, die Liebe und Anhänglichkeit zur Scholle kann durch das einem Dritten zustehende Recht der Einmischung und des Einspruchs in empfindlichster Weise beeinträchtigt werden. Ein freier

Mann ein freies Gut, ein unfreies Gut eine dauernde Quelle der Verstimmung des Besitzers, ein Hemmniß der Landwirthschaft. Dem Besitzer zu verstatten, beliebig sein Gut zu verkaufen, hat für den Staat keinen Nachtheil; dasselbe wechselt die Person, aber es selber bleibt, wie es war. Aber ihm zu erlauben, den nöthig gewordenen Verkauf dadurch zu umgehen, daß er intellectuelle Werththeile desselben veräußert, sich durch Auflage von Zehnten, ewigen Renten, Lasten u. s. w. auf die Sache Geld verschafft, heißt es in seine Hand geben, das Eigenthum seiner wohlthätigen Wirkungen auf die Gesellschaft zu berauben, es zu entnerven und moralisch abzutödten. Dabei geht etwas von dem Eigenthum verloren, was keinem von beiden Theilen zu gute kommt,[355]) ganz so als wenn Jemand von einem Kunstwerk ein Stück abreißen und verkaufen wollte, um nicht genöthigt zu sein, das Ganze zu veräußern; was der Empfänger in Form des jus in re erhält, ist nicht das, was der Geber einbüßt, — der Zehnte einer früheren Zeit hat in Wirklichkeit vielleicht oft ein Drittel des möglichen Ertrages gekostet. Der wahre Preis, um den das beschränkende Recht des Dritten erkauft wird, ist ein verkümmertes, krüppelhaftes, moralisch und ökonomisch sieches Eigenthum.

Dies die Gefahren und Nachtheile, die mit dem System der Eigenthumsbelastung, wo es sich, wie dies bei uns in Deutschland der Fall war, in unbeschränkter Weise entwickeln kann, unzertrennlich verbunden sind. In dieser seiner ungehemmten Entwickelung wird es zu einem wahren Krebs des Eigenthums, der sich hinterher nur noch durch Gewaltmaßregeln exstirpiren läßt. Damit soll aber demselben seine Berechtigung innerhalb gewisser Schranken nicht abgesprochen werden. Die dabei in Betracht

355) Ein Gesichtspunkt, den Plinius epist. 7, 18 ganz richtig hervorhebt: me plus erogasse, quam donasse, cum pulcherrimi agri pretium necessitas vectigalis infregerit, d. h. ich habe mehr verloren, als der andere Theil gewonnen. Plinius hatte, um zu Gunsten der Gemeinde eine Rente auf sein Grundstück zu legen, letzteres der Gemeinde mancipirt und es von ihr in Form des ager vectigalis zurückerhalten.

kommenden Gesichtspunkte sind das Maß der Belastung auf der einen, das Interesse oder Bedürfniß des Verkehrs auf der andern Seite. Die Römer mit ihrem wunderbaren Instinct haben von altersher die feine Gränzlinie, die hier das Rechte vom Verkehrten scheidet, richtig erkannt. Die einzige Art der Belastung des Grundeigenthums, die das ältere Recht kennt, sind die Servituten; [356]) und bei ihnen war sie in Gränzen eingeschlossen, innerhalb deren sie dem Eigenthum nicht gefährlich werden konnte. Bei den Personalservituten lag die Schranke in der vorübergehenden Dauer; sie erloschen mit dem Tode oder einer capitis deminutio des Berechtigten. Für die Prädialservituten war umgekehrt das Moment der Dauer ein wesentliches. Die Römer gehen nämlich von der Idee aus, das Verhältniß nachbarlicher Gefälligkeit und Aushülfe zwischen zwei Grundstücken verdient nur dann in Form der Servitut vermittelt zu werden, wenn sowohl das Interesse von Seiten des einen, als die Leistungsfähigkeit von Seiten des andern Grundstücks dauernder [357]) Art ist; für vorübergehende

356) Von dem Pfandrecht kann für die ältere Zeit nicht die Rede sein, da die fiducia eine Uebertragung, das alte pignus aber keine Belastung des Eigenthums enthält, und schwerlich beim Grundeigenthum vorgekommen sein wird. Höchstens ist die Subsignation der Grundstücke beim Aerar von Seiten der Staatsschuldner (Bachofen Pfandr. B. I. S. 217 fl.) zu nennen.

357) Hinsichtlich der Dauer findet eine Verschiedenheit derselben Statt, bestimmt durch die verschiedene Dauerhaftigkeit der praedia rustica und urbana. Bei beiden hat der Untergang der so zu sagen berechtigten Sache den Untergang der Servitut zur Folge, also z. B. das Abbrennen des Hauses, arg. l. 20 §. 2 de S. P. U. (8. 2). Wollte man einer für ein Haus bestimmten Servitut z. B. einer serv. altius non toll. eine von dem Untergang des Hauses unabhängige Existenz geben, so hieß das, sie statt an die superficies an das solum knüpfen (l. 3 de serv. [8. 1]); umgekehrt konnte man eine in der Regel an das solum gekettete Servitut an die superficies knüpfen (l. 13 pr. de S. P. R. [8. 31]), z. B. eine Weggerechtigkeit, wovon die Folge war, daß die Servitut mit dem Untergang des Quasi-Subjects, des Hauses, hinwegfiel. Wenn nicht gesagt war, wie die Partheien sich das Verhältniß gedacht hatten (z. B. ein Hausbesitzer läßt sich einen Weg über den benachbarten Hof bestellen: inhärirt die Servitut der superficies oder dem

Verhältnisse dieser Art, die sich regelmäßig in den Personen der beiden Paciscenten erschöpfen, ist die Obligation ebenso sehr die entsprechende Form, wie sie umgekehrt da, wo dieselben auf die Dauer berechnet sind und auf beiden Seiten auf die Nachfolger übergehen sollen, völlig ungeeignet sein würde. Vermöge dieses ihres dauernden oder sagen wir geradezu: ihres auf die Ewigkeit angelegten Charakters (causa perpetua) hätten die Prädialservituten, wenn ihnen inhaltlich nicht eine Schranke gesetzt worden wäre, den ganzen Inhalt des Eigenthums in sich aufnehmen und letzteres völlig paralysiren können, [157a]) die Sicherstellung des Eigenthums gegen diese Gefahr bedingte also nothwendigerweise eine Beschränkung der Prädialservituten in Bezug auf den Inhalt, und in richtiger Er-

---

solum?), so präsumirte man je nach Verschiedenheit des Inhalts bald das eine bald das andere, und mit Rücksicht hierauf hatte die Praxis eine Klassifikation der verschiedenen möglichen Servituten vorgenommen; wir besitzen sie in der bekannten Liste der Servitutes Praediorum urbanorum und rusticorum. Dies war meiner Ansicht nach der praktische Zweck jener Eintheilung. Ebenso präsumirte man, wenn aus der Zahl jener Servituten eine bestellt war ohne Angabe, ob sie dem Berechtigten schlechthin (als Personalservitut) oder nur in seiner Qualität als Eigenthümer des Grundstücks zustehen solle, für letzteres. Das Motiv, das ich hiermit der Eintheilung der Servituten unterschiebe, beruht auf einem praktischen Bedürfniß, das sich überall geltend machen wird. Eine nähere Ausführung wäre hier nicht am Platz, ich bitte aber jeden, der meine Ansicht einer Prüfung würdigen will, die in der ganzen römischen Servitutentheorie mit Nothwendigkeit liegende Consequenz, daß die S. P. U. mit dem praed. urbanum untergehen muß, nicht außer zu Acht lassen. Eine S. P. U. bestellen hieß bei den Römern eine Servitut auf die Dauer eines Gebäudes beschränken.

In das Bewußtsein unserer Praxis ist jene Consequenz, daß mit dem Gebäude auch die demselben zustehende Servitut untergehen muß, nicht übergegangen; bei uns werden im Zweifel alle Prädialservituten als S. P. R. behandelt und bloß in dem Fall, wenn die Partheien die Servitut nachweisbar nur für dies bestimmte Gebäude, solange es als solches existirt, bestimmt haben, kommt bei uns eine S. P. U. im römischen Sinne vor. Für eine solche würde unsere heutige Jurisprudenz, so wie sie jenen Unterschied der S. P. U. und R. aufzufassen pflegt, gar keine Bezeichnung haben.

357a) (l. 56 de usufr. (7. 1) . . proprietas inutilis semper abscedente usufructu esset futura.

fassung des eigenthümlichen Bedürfnisses und Zwecks derselben haben die römischen Juristen die Regel aufgestellt: nur solche Prädialservituten sind zu Recht beständig, welche durch die ökonomische Bestimmung des herrschenden Grundstücks (verschieden, je nachdem dasselbe ein praedium rusticum oder urbanum ist) motivirt sind (servitus fundo utilis esse debet), solche dagegen, welche lediglich dem Besitzer einen Vortheil oder eine Annehmlichkeit zuwenden, welche mit dem Zweck des herrschenden Grundstücks nichts gemein hat, sind ungültig. Jene gegenseitige Aushülfe zwischen zwei Grundstücken ist aber nur am Platz, wenn beide Grundstücke benachbarte sind (praedia esse debent vicina). Dieses letztere Requisit leitet fast mit Nothwendigkeit auf den Gesichtspunkt, der der römischen Theorie bei der ganzen Servitutenlehre vor Augen schwebte, es ist der des pactirten Nachbarrechts. Die Prädialservitut hat zum Zweck die individuelle Gestaltung des Nachbarrechts, sie setzt an die Stelle des Gesetzes die Autonomie der Privaten, steht daher zum gesetzlichen Nachbarrecht in demselben Verhältniß, wie das Testament zur Intestaterbfolge. In diesem Gesichtspunkt steckt die ganze Theorie der Prädialservituten, nach Wirkungen wie Voraussetzungen imitiren dieselben nur das gesetzliche Nachbarrecht: die Klage, ganz so gefaßt und geartet, wie die mit der letzteres geltend gemacht wird (act. confessoria und negatoria = in rem actio); die Erfordernisse der Vicinität (das Nachbarrecht setzt Nachbarn voraus), der Perpetuität (das Gesetz gilt für immer, ebenso auch, was dessen Stelle vertreten soll), der Utilität (das gesetzliche Nachbarrecht regelt nur das Verhältniß der Grundstücke.[357b]) Welcher Servituten-

357b) Daß man von diesen Erfordernissen, wenigstens vom ersten und dritten, bei der Bestellung der Prädialservitut durch deductio absah, bestätigt nur den im Text aufgestellten Gesichtspunkt, denn in diesem Fall wird nicht zwischen Nachbarn pactirt, sondern der Eigenthümer legt vermöge seines Eigenthums einseitig der Sache Beschränkungen auf, mit denen sie in fremde Hände übergeht, es ist der Fall einer lex rei suae dicta; s. über diesen Fall meine Ausführungen in meinen Jahrbüchern X. S. 549—554.

inhalt nach diesem Gesichtspunkt möglich war, stellte die Praxis fest; es läßt sich kaum bezweifeln, daß in dieser Beziehung eine allmählige Entwickelung Statt gefunden hat, daß man die Servitut ursprünglich mehr auf die Fälle eines eigentlichen Bedürfnisses einschränkte (Weggerechtigkeiten und Wasserservituten), später aber den Maßstab des Bedürfnisses mit immer größerer Freiheit handhabte. [359])

Die Servitut war Jahrhunderte hindurch in Rom das einzige Verhältniß, mittelst dessen der Eigenthümer die Freiheit des Eigenthums beschränken konnte, und ganz treffend redete die Sprache hier von einem Zustand der Unfreiheit der Sache selbst (servit praedium, servitus), wie bei Aufhebung desselben von einer Wiederherstellung der Freiheit (usucapio libertatis; praedium liberum). Die Dispositionsbefugniß des Eigenthümers war hier in so enge Gränzen eingeschlossen, daß dem Eigenthum eine erhebliche Gefahr nicht drohte. Im übrigen aber hatte der Eigenthümer über die Freiheit des Eigenthums keine Macht; sich selbst konnte er binden und ruiniren, das Eigenthum und den zukünftigen Eigenthümer nicht. Die Verschiedenheit, die in dieser Beziehung zwischen dem römischen und dem modernen Recht besteht, ist namentlich für das Erbrecht interessant. Die Gegensätze zwischen Freiheit und Gebundenheit haben sich hier in eigenthümlicher Weise verschoben. Nach römischem Recht beschränkt sich die testamentarische Dispositionsbefugniß lediglich auf das relative Verhältniß des Eigenthümers zum Eigenthum; sein Recht kann er vermachen, wem er Lust hat, in dieser Beziehung ist er völlig unbeschränkt. Dagegen den absoluten Gehalt des Eigenthums kann er abgesehn von der Anordnung von Servituten nicht verkürzen, der Erbe bekommt das Eigenthum in der ganzen Freiheit, die der Eigenthumsbegriff in

359) E. Zachariä v. Lingenthal, über die Unterscheidung zwischen servit. rust. und urb., R. Elvers die Servitutenlehre Bd. 1 S. 1—16. und das vorliegende Werk III. 321.

sich schließt.[359a]) Bei den modernen Völkern gerade umgekehrt; in jener Richtung Beschränkungen der Dispositionsbefugniß, in dieser eine Erweiterung derselben bis zu dem Grade, daß der Wille des Testators das Eigenthum für alle Zeiten so zu sagen lahm legen kann (Familienfideicommisse u. s. w.). Ich will die Triftigkeit des Motivs dieser Verschiedenheit nicht verkennen, nämlich die Rücksicht auf die Familie, am wenigsten hinsichtlich des ersten Punktes. Was aber den zweiten betrifft, so muß man, um ein richtiges Urtheil über denselben zu gewinnen, sich nur vergegenwärtigen, wohin es führen würde, wenn nicht bloß ein einzelner Stand, sondern alle Klassen des Volks in größerem Maßstabe von jener Befugniß Gebrauch machen würden. Das ganze Eigenthum im Staat könnte auf diese Weise einer rechtlichen Erstarrung anheim fallen, die Freiheit des Verkehrs für ewige Zeiten gelähmt, der Fortschritt namenlos erschwert, ja vielfach völlig unmöglich gemacht werden. Entspricht das — vom nationalökonomischen Gesichtspunkt ganz zu schweigen — der Idee des Rechts? Hat die Gegenwart das Recht, der Zukunft für alle Ewigkeit unlösbare Fesseln anzulegen, sie und ihre Freiheit unter eine cura prodigi zu stellen?[359c]) Man möge eine solche Institution aus politischen Gründen als Privilegium eines einzelnen Standes rechtfertigen — darauf will ich mich hier nicht einlassen; aber man möge aufhören, uns dieselben vom rechtlichen Standpunkt aus zu rühmen und dem römischen Recht einen Vorwurf daraus zu machen, daß es dieselbe nicht geduldet hat. Gerade hier hat das römische Recht in meisterhafter Weise das der Idee des Rechts Entsprechende getroffen.

Fassen wir die Summe der bisherigen Ausführungen in einen

359a]) Der Testator kann ihm daher die Befugniß nicht entziehen, die Sache zu verkaufen (l. 114 §. 14 de leg. I. 30: talem legem testamento non possunt dicere), den Sklaven frei zu lassen (l. 61 §. 4 de man. test. [40. 4]), die Eigenthumsgemeinschaft aufzuheben.

359c]) Zustimmende Aeußerungen s. in der Münchener Krit. Ueberschau VI. S. 383, 384 (1859).

Satz zusammen, so hat sich uns als der Gesichtspunkt, unter dem die Römer den Freiheitsbegriff erfaßt, und nach dem sie ihn bei den einzelnen Instituten gestaltet haben, der Gedanke ergeben:

daß die Freiheit als Bedingung sittlicher Entwicklung etwas über dem Menschen Erhabenes ist, ein Gut, das er rechtlich weder sich selbst, noch seinen Nachkommen verkümmern soll.

4. Die Wohlfahrtsfrage und der Staat.

Theilnahme des Staats an dem Wohl des Individuums — die s. g. sociale Frage — Quellen des Pauperismus (der Sklave der böse Feind der römischen Gesellschaft) — die Stellung der höhern Stände (sociale Verpflichtung derselben) — Maßregeln von Seiten des Staats.

XXXIV. Nachdem wir jetzt das System der subjectiven Freiheit nach seinem Inhalt und Umfang haben kennen lernen, bleibt uns noch eine Frage übrig, die für die richtige Beurtheilung desselben von entscheidender Bedeutung ist, und die wir kurz dahin ausdrücken können: beruhte dies System auf einem rein negativen oder auf einem positiven Verhalten des Staats zum Individuum? Mit andern Worten: ging der römische Staat von der Vorstellung aus, daß die subjective Rechtssphäre, soweit nicht sein eigenes unmittelbares Interesse in's Spiel komme, für ihn etwas Gleichgültiges sei, daß er wenigstens nicht das Recht oder den Beruf habe im Interesse der privaten Wohlfahrt beschränkend in dieselbe einzugreifen? Oder aber: unterließ er letzteres, weil er positiv diese Freiheit wollte, weil sie ihm unentbehrlich erschien? In ersterem Fall würde sich der Indifferentismus des Staats gegen das individuelle Wohl als der Umstand bezeichnen lassen, dem unser System sein eigentliches Gedeihen zu verdanken gehabt hätte, und es bedarf nicht der Bemerkung, daß dasselbe unter dieser Voraussetzung eine sehr rohe Auffassung vom Beruf des Staats bekunden, der culturhistorische Höhepunkt desselben

mithin kein sonderlich hoher sein würde. Ich halte diese Auffassung für entschieden verkehrt und hoffe sie im folgenden vollständig widerlegen zu können. Sie ist zwar meines Wissens nach von Niemandem geradezu bewußt aufgestellt und vertheidigt, — man würde sich dann wohl von ihrer Unhaltbarkeit überzeugt haben — aber Anklänge an dieselbe sind mir doch nicht selten begegnet, und ganz abgesehen davon ist die Frage für unsere ganze Untersuchung viel zu wichtig, als daß wir ihr aus dem Wege gehen dürften.

Schon unsere bisherige Darstellung setzt uns in Stand, uns von der Irrigkeit jener Auffassungsweise zu überzeugen. Der Gesichtspunkt nämlich, den wir im vorigen Paragraphen gefunden haben, documentirt eine positive Pflege der Freiheit von Seiten des Rechts, lehrt uns, daß die subjective Freiheit nicht als etwas lediglich dem subjectiven Belieben Anheimfallendes angesehen, sondern in ihrer Gegensätzlichkeit zur subjectiven Laune und Willkür richtig erkannt und geschützt ward, mit anderen Worten, daß sie einen objectiven Gedanken des Rechts bildete.

Es soll jetzt noch auf anderem Wege die Irrigkeit jener Auffassung nachgewiesen werden, dadurch nämlich, daß wir die Frage aufwerfen, ob denn der römische Staat das Subject ganz seinem Schicksal überlassen, sich um das Wohl und Wehe desselben, um die Privatinteressen und das Leben und Treiben innerhalb der privaten Rechtswelt gar nicht gekümmert habe. Gelingt es uns, das Gegentheil nachzuweisen, so wird damit jeder Zweifel über das wahre Verhältniß des Staats zum System der Freiheit beseitigt sein.

Daß das Verhältniß des Bürgers zum Staat in Rom ein viel innigeres war als heutzutage, ist bekannt. Das römische Rechtsgefühl wußte allerdings das Recht des Einzelnen von dem des Staats sehr genau zu trennen, und wenn wirklich die naturrechtliche Doctrin, wie neuerdings behauptet ist, den Gedanken einer solchen Scheidung erst dem römischen Recht hätte entnehmen müssen, so würde uns nicht der Vorwurf treffen, daß wir dies

überhaupt gethan, sondern der, daß wir die einfache Wahrheit, daß die Persönlichkeit ihr Recht mit auf die Welt bringt, ein Recht von Gottes Gnaden, das jeder Staat respectiren soll, nicht selber gefunden haben. Mit dieser Abgränzung der Rechtssphären des Staats und des Einzelnen vertrug sich aber in Rom das innigste Verhältniß beider sehr wohl, so wie ja auch die rechtliche Verschiedenheit zweier Personen ihrer völligen Einigung in der Liebe nicht im Wege steht. Die Liebe verlangt keineswegs, daß die rechtliche Scheidelinie hinwegfalle, für sie existirt die Schranke nicht, sie überspringt dieselbe. So postulirte das römische Rechtsgefühl jene Demarcationslinie zwischen dem Recht des Subjects und dem des Staats, aber nicht, damit sich eine egoistische, engherzige Gesinnung in Sicherheit hinter dieselbe zurückziehe, sondern damit die freie Hingabe und Aufopferung ihren Werth und ihre Ehre habe. Wie kalt, wie fremd, wie liebeleer ist im allgemeinen das heutige Verhältniß des Bürgers zum Staat; wie warm, wie innig, wie von wirklicher Liebe beseelt in Rom! Der heutigen Vorstellung erscheint der Staat als abstracte dem Einzelnen gegenüber stehende Persönlichkeit, der römischen als die höhere, den Einzelnen umfassende und durch ihn mitgebildete Einheit. Die Interessen des Staats sind daher nicht bloß mittelbar, sondern unmittelbar seine eigenen, so wie es die der Societät für den Gesellschafter sind; Hingabe an den Staat ist folglich nicht Hingabe an etwas Fremdes, sondern Unterordnung der rein particulären Zwecke unter die gemeinsamen; des specielleren Interesses unter das allgemeine.

Bei diesem Verhältniß zwischen dem Staat und seinen Bürgern, bei dieser innigen Verschlingung ihrer beiderseitigen Interessen verstand sich die Fürsorge des Staats für das Wohl des Bürgers eigentlich ganz von selbst. Die Energie, mit der er die Rechte seiner Bürger nach außen hin vertrat, ist bekannt; wir werden daher nur die Vorsorge des Staats in ihrer Richtung nach innen hin einer nähern Betrachtung zu unterwerfen haben, namentlich in Anwendung auf das ökonomische Loos der ärmern Klassen.

Von altersher gab es in den römischen Zuständen Einen höchst bedenklichen Punkt, vielleicht läßt er sich geradezu als der Todeskeim bezeichnen, an dem die römische Gesellschaft zu Grunde gegangen ist. Es war dies die schadhafte Gestaltung des Systems der Gütervertheilung und Vermögenscirculation. Die Ungleichheit in der Vertheilung der Güter ist das unausbleibliche Resultat des freien Verkehrs, und überall wiederholt sich das Uebergewicht des großen Vermögens über das kleine, die Erscheinung, daß die Güter am liebsten dahin strömen, wo sie sich bereits in größeren Massen angesammelt haben. In Rom war aber dieser Andrang durch eigenthümliche Verhältnisse in ungewöhnlicher Weise gesteigert und umgekehrt das Rückströmen des Vermögens in die entblößten Theile äußerst erschwert. Nirgends ward der Reiche so leicht Millionär, der Unbemittelte so leicht Bettler als hier; nirgends war die Gränzlinie zwischen beiden Extremen so schmal und so schwer zu behaupten; ein Schritt nach der einen oder andern Seite, und lawinenartig wuchs die Noth oder der Ueberfluß.

Der Grund dieser Erscheinung lag zunächst in der ungleichen Vertheilung des Druckes, den die Kriege auf die ökonomische Lage der wohlhabenden und ärmeren Klasse ausübten. Die Kriege riefen allerdings den Reichen nicht minder als den Armen von seinen Feldern, aber mit dem höchst einflußreichen Unterschied, daß die des Armen inzwischen unbebaut liegen blieben, die des Reichen aber von Sklaven bebaut wurden.[363]) In ältester Zeit freilich, als die Kriege noch den Charakter von Raubzügen an sich trugen, mochte die Feldarbeit kaum darunter leiden; sie wurden

363) L. 6, 12. . . . servitia romana (ea loca) ab solitudine vindicant. Hierauf legt auch Appian. de bello civili 1, 7 allen Nachdruck, nur hat er, was die Folgen dieses Unterschiedes anbelangt, schwerlich den eigentlich entscheidenden Punkt getroffen, sondern sich an ein weniger wesentliches Moment gehalten. Er motivirt nämlich den Reichthum der großen Grundbesitzer dadurch, daß ihre familia rustica sich wegen ihrer Befreiung vom Kriegsdienst in's Unermeßliche habe vermehren können, während die freie Bauernbevölkerung durch die Kriege decimirt worden sei.

in der Regel in Zeiten verlegt, wo es auf dem Felde nichts zu thun gab. In demſelben Maße aber, als die Kriege an Bedeutung gewannen, der Kriegsſchauplatz ein entfernterer, die Dauer des Feldzuges eine längere ward, in demſelben Maße mußte auch die Landwirthſchaft die nachtheiligen Folgen deſſelben verſpüren. Aber, und dies iſt der entſcheidende Punkt: nicht ſchlechthin — das hätte zwar den Wohlſtand des geſammten Volks beeinträchtigen, nicht aber das Verhältniß des Beſitzſtandes der einzelnen Klaſſen ſo völlig verſchieben können. Entſcheidend war hier vielmehr der Unterſchied in der Bewirthſchaftung des Landes, ob der Beſitzer ſeine Felder ſelbſt beſtellte oder ſie durch Sklaven bewirthſchaften ließ. Der letztern Methode der Bewirthſchaftung war der Krieg ungefährlich, da er ihr keine Arbeitskräfte entzog, für die erſtere hingegen bedeutete jeder Krieg von längerer Dauer eine Störung, wohl gar einen völligen Stillſtand der Cultur.

Dieſe eine Differenz war äußerſt folgenreich. Es iſt bekannt, daß jeder Ausfall in der Aerndte ein Steigen der Preiſe zur Folge hat. Die Entwickelung des heutigen Handels, die Sicherheit, Raſchheit, Leichtigkeit unſeres Transportſyſtems bewirken, daß dieſe Steigerung ſich heutzutage über einen weiten Raum vertheilt und dadurch für die von dem Ausfall unmittelbar betroffenen Gegenden verhältnißmäßig ſich auf ein Minimum reducirt. Ganz anders im Alterthum. Der Kornhandel ward allerdings auch damals ſchon mit einer gewiſſen Großartigkeit betrieben, aber er hatte doch weder die Univerſalität hinſichtlich ſeiner Ausdehnung, noch auch die innere Organiſation gewonnen, daß er eine ſolche wohlthätige Wirkung in größerm Maßſtabe hätte ausüben können. Der Kornwucher, der heutzutage durch die moderne Geſtalt des Kornhandels in die engſten Gränzen eingeſchloſſen iſt, konnte ſich aus dem Grunde im Alterthum bis zu furchtbarer Höhe ſteigern.[364] Dazu kam ganz abgeſehen von der Unvollkommenheit des Trans-

364) S. darüber z. B. Böckh Staatshaushaltung der Athener. Bd. 1 Buch 1, §. 15.

portsystems die durch Piraten und völkerrechtliche Verhältnisse bewirkte Unsicherheit des Handels. Daher der locale Charakter der Theuerungen und das enorme und fast unglaubliche Schwanken der Getraidepreise.[365])

Machen wir davon nun die Anwendung auf unsere vorliegende Frage, so können wir uns selbst sagen, wie der durch die Kriege veranlaßte Ausfall in der Aerndte wirken mußte. Die Preise gingen sofort in unverhältnißmäßiger Weise in die Höhe, die Reicheren, die allein im Stande gewesen wären, im größeren Maßstabe Kornzufuhren zu bewerkstelligen und dadurch die Preise hinunterzudrücken, hatten ein Interesse daran, daß dies nicht geschah,[366]) denn gerade sie allein befanden sich in der Lage verkaufen

365) Hinsichtlich Griechenlands ist dies von Böckh a. a. O. nachgewiesen. In Athen, wo der Medimnus unter Solon 1 Drachme gekostet hatte, stieg er einmal auf 16. Für Rom hat C. F. L. Schultz Grundlegung zu einer gesch. Staatswissenschaft der Römer S. 502 u. fl. das Gegentheil behauptet, allein für die ältere Zeit gewiß mit Unrecht. Allerdings trat späterhin in demselben Maße, als Rom seine Herrschaft erweiterte, und als damit der Kornhandel an äußerer Sicherheit und geographischer Ausdehnung gewann, eine äußere Gleichmäßigkeit der Kornpreise ein, allein selbst auch noch für diese Zeit weiß die Geschichte von auffallenden Schwankungen der Preise zu berichten. Im Jahre 544 kostete nach Polyb. 9, 44 der Medimnus (6 Modii) sicilischen Getraides in Rom 15 Denare, der Modius also, da der Denar damals 16 As galt, 40 As. Sechs Jahre später war der römische Markt dermaßen überfüllt (Liv. 30, 38), daß den Schiffern die Ladung für die Fracht überlassen ward. Der Satz, für den Sicilien den Römern das Korn zu liefern hatte, war 3 und 4 Sesterzen für den Modius. Bei den öffentlichen Getraidespenden ward der Modius für 1 As und darunter abgegeben (s. u.). Von dem Aedilen C. Sejus, der bei einer Theuerung diesen Preis innegehalten, berichtet Cicero de off. II. 17, daß er keinen so sehr großen Schaden dabei gehabt habe. Im Jahre 314 war einmal durch besondere Umstände (Liv. IV. 12—16) der Marktpreis an drei aufeinander folgenden Markttagen auf 1 As herabgedrückt (Plin. Hist. Nat. 18, 4), und ein ähnliches Fallen kam späterhin noch einige Male vor. S. Niebuhr röm. Gesch. B. 1. Aufl. 4 S. 483. Die äußersten Schwankungen der Getraidepreise, die man von 1816 bis 1860 in Preußen beobachtet hat, betragen 1 zu 4, und dies auch nur bei einer einzelnen Fruchtsorte.

366) Plin. Hist. nat. 18, 4 deutet auf ihren nachtheiligen Einfluß in dieser Beziehung hin (latifundia) singulorum arcentium vicinos. Kein

zu können, und beuteten in jeder Weise die Conjunctur aus — finanziell und politisch.[367]) Daher ihr Haß gegen den Sp. Mälius, der ihnen in einem solchen Fall ihre Speculationen vereitelt hatte. Die gegen ihn erhobene Anschuldigung, daß er nach dem Königthum strebe, war mehr ein Vorwand zur Rache, als der wahre Grund derselben.[368])

Die Lage der Aermeren war bei so bewandten Umständen ganz unhaltbar.[369]) Bei unsern heutigen Verhältnissen kann ein gutes Jahr allen Schaden des vorhergehenden schlechten Jahres für den Landwirth wieder ausgleichen. In Rom war dies nicht möglich. Denn in einem Jahr des Ueberflusses, wo auch der Aermere volle Scheunen hatte und an's Verkaufen denken konnte, standen die Preise sehr niedrig, vielleicht um das Vierfache und Mehrfache niedriger, als zu dem er selbst kurz zuvor gezwungen gewesen war zu kaufen. Um das Kaufgeld aufzutreiben, hatte er zu enormen Zinsen Geld aufnehmen müssen. Die nächste Aerndte sollte Kapital und Zinsen und Kriegssteuer decken; kam ein

---

Wunder, daß ein Zustand eintrat, der fast der Absperrung gleich kam. Liv. 2, 34 caritas annonae ex incultis per secessionem agris, fames deinde, qualis clausis foret.

367) Liv. 4, 12 . . regno prope per largitionis dulcedinem in cervices accepto. Darauf ging auch die Absicht des Coriolan. Liv. 2, 34: si annonam veterem volunt, jus pristinum reddant Patribus. Um die zeitweise Nachgiebigkeit und politische Apathie der Plebs zu begreifen, darf man den Einfluß dieses Zwangsmittels nicht außer Acht lassen.

368) Liv. 2, 12—16. Aehnlich verhielt es sich wohl in andern Fällen z. B. bei Sp. Cassius, M. Manlius. Das eigentliche Motiv des Hasses lag nicht in den politischen Tendenzen des Gegners, sondern in den socialen Bestrebungen desselben, in den materiellen Nachtheilen, die man von seinen Neuerungen befürchtete. Man schob dann den Staat als den bedrohten Theil vor, während man nur die materiellen Interessen im Auge hatte.

369) Ein Seitenstück zu dem im Text geschilderten Verhältniß findet sich auch heutzutage, nämlich im Weinbau, nur mit dem Unterschiede, daß die Ursachen, die hier dem großen Producenten ein so bedeutendes Uebergewicht über den kleinen geben, nicht in äußeren Verhältnissen, sondern in der Natur des Weinbaues und Weinhandels ihren Grund haben. Riehl, die bürgerliche Gesellschaft. Stuttg. 1851. S. 60 ff.

Kriegs- oder Nothjahr, so brachte dasselbe statt Hülfe doppelte und dreifache Lasten.[369a]) Man hat den Grund der steten Verschuldung der Plebs in dem hohen Zinsfuß finden wollen. Letzterer war aber nur eine Wirkung des Uebels, nicht das Uebel selbst; ohne die angedeuteten Verhältnisse würde der kleine Grundbesitz dem großen Grundbesitz und Kapital nicht tributär geworden, der Zinsfuß selbst folgeweise kein so hoher gewesen sein.

Jenes unnatürliche Uebergewicht, das dem bisherigen nach der reiche Grundherr über den kleinen Mann ausübte, ward noch dadurch erhöht, daß ersterer in der Lage war, letzteren von der Concurrenz an den Vortheilen des ager publicus fast gänzlich auszuschließen. Aber ganz abgesehn hiervon war jenes Uebergewicht schon bedeutend genug, um die bekannte Thatsache zu erklären, daß der kleine Grundbesitz sich neben dem großen nicht recht zu halten vermochte und zum großen Theil von ihm absorbirt wurde.[370]) Das Mittel, das die lex Licinia (S. 152) dagegen ergriff, reichte nicht aus und, wie einmal die Verhältnisse lagen, gab es keins dagegen. Denn das einzige, was hätte helfen können, das Verbot der Bewirthschaftung durch Sklaven, war natürlich undenkbar; es hätte die Sklaverei selbst aufgehoben werden müssen! Die Bestimmung des Gesetzes, welche die Verwendung einer gewissen Anzahl freier Leute neben dem unfreien Gesinde vorschrieb, mochte den Nutzen haben, daß sie wenigstens einem Theile des ländlichen Proletariats ein angemessenes Unterkommen sicherte und die Bewirthschaftung der großen Güter um etwas vertheuerte, das Uebergewicht in der Concurrenz mit dem kleinen Grundbesitz

---

369a) S. z. B. Liv. 6, 32. Parvo intervallo ad respirandum debitoribus dato, postquam quietae res ab hostibus erant, celebrari de integro jurisdictio et tantum abesse spes veteris levandi foenoris, ut tributo novum foenus contraheretur.

370) Plinius H. N. 18, 7. Appian. 1, 7. Bei Cicero de off. 2, 21 die Aeußerung des Tribunen: non esse in civitate duo milia hominum, qui rem haberent. Liv. 7, 22... solutio aeris alieni multarum rerum mutaverunt dominos.

also um ein geringes verminderte. Aber, wie schon gesagt, eine Abhülfe des Uebels selbst gewährte sie nicht, denn die Sklavenwirthschaft behielt immer zwei Vortheile, die sich durch nichts wieder ausgleichen ließen, einmal die größere Billigkeit der Arbeit und folglich der Production, sodann der oben hervorgehobene Umstand, auf den ich ein noch höheres Gewicht legen möchte, daß nämlich ein Krieg die Wirthschaft der kleinen Bauern störte, die des großen Grundbesitzers aber nicht erheblich beeinträchtigte.[371] Daß die lex Licinia ein Maximum des Grundbesitzes (500 Jugera) und des Viehstandes (100 Stück Großvieh, 500 Kleinvieh) festsetzte, war für die eigentliche Cardinalfrage ebenfalls gleichgültig. Ein Gut von jenem Umfange war ein großes in unserm Sinn,[372] an einer Ausdehnung desselben über diese Gränze hinaus lag nicht viel. Die Maßregel konnte schließlich nur dem großen Grundbesitz zu gute kommen, denn wenn auch alles überschüssige Land damals in kleinen Parcellen an ärmere Leute verkauft worden wäre, so mußte dasselbe nach dem oben entwickelten Gesetz zum größten Theil sich bald wieder zu größeren Complexen von 500 Jugera zusammenfügen. Das einzige also, was die lex Licinia durch diese Bestimmung wirklich erreichte, war der Erfolg, daß sie die Zahl der *großen* Grundbesitzer vermehrte, im Interesse der *wohlhabenden* Klasse die Millionäre verhinderte, ihr Vermögen in Grundbesitz anzulegen. Uebrigens stieß das Gesetz schon von Anfang an auf so heftigen Widerspruch, daß es nicht einmal seine beschränkten Intentionen erreichte.[373]

Den Gefahren, die aus der Verdrängung oder der beträcht-

---

371) Im Mittelalter war das Verhältniß das gerade entgegengesetzte. Der große Grundbesitzer, den vorzugsweise die Last der Kriegsführung traf, wäre durch den kleinen total ruinirt worden, wenn er nicht durch andere Mittel das Gleichgewicht wieder hergestellt hätte.

372) d. h. auf Sklavenwirthschaft angewiesen. Das normale Maß des kleinen Grundbesitzes war bekanntlich 7 Jugera, in den ältesten Zeiten sogar nur 2.

373) Appian. 1, 8.

lichen Verminderung des freien Bauernstandes erwachsen mußten, hätte man begegnen können, wenn man denselben als Pächterstand wieder an den Grund und Boden gefesselt hätte. Allein das System der Verpachtung der Güter in kleinen Parcellen, [374]) wie es z. B. in England besteht, war den römischen Verhältnissen weniger entsprechend. Dieselben Mißstände, welche die Lage des kleinen Eigenthümers erschwerten, äußerten dieselben Wirkungen auch für den kleinen Pächter. Mit dem großen Grundbesitzer konnte nur der große Pächter concurriren. So dürfen wir annehmen, daß das System der eigenen Bewirthschaftung das bei weitem vorherrschende blieb, [375]) wenigstens so lange, als in den geschilderten Verhältnissen nicht eine wesentliche Veränderung eintrat, wie sie in der Kaiserzeit Statt fand und zur Bildung des Colonats führte.

Zu dem socialen Schaden, den wir bisher behandelt haben, gesellte sich noch ein anderer nicht minder folgenreicher, der gleichfalls mit eigenthümlich römischen Verhältnissen eng zusammenhing. Für den Unbemittelten gab es in Rom Jahrhunderte lang nur Ein anständiges Erwerbsmittel, den Krieg. Der Römer faßte den Krieg als Erwerbsquelle auf, und es begreift sich von diesem Gesichtspunkte aus, daß man in dem Kriegsdienst nicht eine Last, sondern einen Vortheil erblickte. Das Heer nahm die Vertheilung der Beute als Recht in Anspruch, und die Ueberweisung derselben an den Schatz erschien demselben als ein Raub an seinen Rechten. [376]) Hinsichtlich dieser Erwerbsquelle bestand

374) Ueber die verschiedenen Pachtsysteme, die zur Zeit der Republik vorkamen, s. K. W. Nitzsch die Gracchen und ihre nächsten Vorgänger. Berl. 1847. S. 188—190.

375) Die Römer waren der Verpachtung gar nicht geneigt. So z. B. Columella 1, 7, der sie nur ausnahmsweise und unter besondern Voraussetzungen zulassen will.

376) Liv. 2, 42.. malignitate patrum, qui militem praeda fraudavere. Wie ergiebig die Quelle mitunter war, geht aus Liv. 42, 32: quia locupletes videbant u. s. w. und 10, 25: mihi cordi est ut omnes locupletes reducam hervor.

eine ſcheinbare Gleichheit aller Stände, aber in Wirklichkeit waren doch die Reichen im Vortheil, dadurch daß ſie nämlich die Nutzung des eroberten und in ager publicus verwandelten Landes vorzugsweiſe in ihre Hände zu bringen wußten. Die übrigen durch die römiſche Sitte als anſtändig bezeichneten Erwerbszweige ſetzten ſämmtlich Vermögen voraus, und zwar, um mit Erfolg betrieben zu werden, ein bedeutendes. Hinſichtlich der Landwirthſchaft iſt dies ſo eben gezeigt worden, dieſelbe Erſcheinung aber wiederholt ſich überall, wo das Kapital arbeitet. Dem kleinen Kapital war der Zutritt zu den meiſten Geſchäften, zum eigentlichen Geldmarkt ſo gut wie verſchloſſen; es ſah ſich beſchränkt auf den Kleinhandel und das Zinsgeſchäft. Die Uebermacht, die das große Kapital an und für ſich ſchon hat, war in Rom durch ein eigenthümliches Moment noch außerordentlich verſtärkt, nämlich durch die ſociale Geſtaltung der Geldariſtokratie zu einem eigenen Stande, dem der Ritter. Die Baſis und das Motiv dieſes Standes beſtand im Kapitalreichthum als ſolchem in Gegenſatz zu dem Grundbeſitz. Rührigkeit, Betriebſamkeit, Unternehmungsgeiſt ſind die Eigenſchaften, die ihn auszeichnen, er iſt das einzige Element der römiſchen Geſellſchaft, das ſich, ſowohl was ſeine äußere Stellung zwiſchen der Ariſtokratie und dem Proletariat als ſeine Sinnesweiſe und ſeinen Lebensberuf anbetrifft, mit dem heutigen Bürgerſtande vergleichen ließe. Darin, daß die Geldmacht ſich hier zu einem eigenen compacten, von corporativem Geiſt beſeelten Stande abgeſchloſſen hatte, zu einem Stande, der in der Staatsverfaſſung ſelbſt ſeine beſtimmte Stellung angewieſen erhalten hatte und durch ſein feſtes Zuſammenhalten und ſeine ausgedehnten Verbindungen eine unwiderſtehliche Macht ausübte — darin liegt ſchon ausgeſprochen, daß an eine Concurrenz mit ihm nicht zu denken, er vielmehr überall, wohin er ſeine Speculationen ausdehnen wollte, des abſoluten Monopols ſicher war. Der Großhandel, die Pachtung der öffentlichen Abgaben, Uebernahme ausverdungener öffentlicher Lieferungen und Arbeiten, Geldgeſchäfte im größeren Maßſtabe z. B. mit Staaten und

Communen u. ſ. w. bildeten bekanntlich die Hauptgegenſtände ſeiner Thätigkeit.

Was für Erwerbsquellen blieben nun außer den bisher genannten noch übrig? Dieſe Frage bringt uns auf den eben erwähnten zweiten Grundſchaden der römiſchen Zuſtände. Heutzutage ringt das Talent und die Arbeit in tauſend Formen mit dem Kapital. Die Kunſt, die Wiſſenſchaft, die Kirche, der Staatsdienſt, der Kriegsdienſt, das Handwerk, der Handel, die Fabrikation nehmen Tauſende in Anſpruch und gewähren Tauſenden ihre Subſiſtenz. In Rom beſtand aber hinſichtlich aller dieſer Berufsarten und Erwerbszweige das eigenthümliche Verhältniß, daß ſie, wenn ſie nach Brode gingen, verachtet waren und, wenn ſie geehrt waren, nicht nach Brode gingen. Zur erſten Klaſſe gehörten der Staatsdienſt, die Kunſt und Wiſſenſchaft; der Kriegsdienſt war in alter Zeit kein eigener Lebensberuf, ſondern allgemeine Bürgerpflicht. Auf die eigentliche Handarbeit aber und ſelbſt auf den Kleinhandel hatte das ſociale Vorurtheil oder die Empfindlichkeit des republikaniſchen Stolzes einen Makel geworfen.[378] Hier war die zweite Stelle, wo ſich das Inſtitut

---

378) Cicero de off. 1, 42. Illiberales et sordidi quaestus mercenariorum omnium, quorum operae, non quorum artes emuntur: es enim in illis ipsa merces auctoramentum servitutis. Sordidi etiam putandi, qui mercantur a mercatoribus, quod statim vendant, nihil enim proficiunt, nisi admodum mentiantur . . . opificesque omnes in sordida arte versantur, nec enim quidquam ingenuum habere potest officina . . . . mercatura autem . . . sin magna et copiosa, multaque undique apportans multisque sine vanitate impertiens non est admodum vituperanda. Dionys. 9, 25. L. 22, 25 . . . loco non humili, sed etiam sordido natus. Patrem lanium fuisse ferunt, ipsum institorem mercis filioque hoc ipso in servilia ejus artis ministeria usum. Aur. Vict. de viris illustr. c. 72 . . nam pater ejus, quamvis patricius, ob paupertatem carbonarium negotium exercuit. Ipse primo dubitavit, honores peteret an (alſo als unvereinbare Gegenſätze gedacht) argentariam faceret. Zu den Geſchäften, quae in odia hominum incurrunt et improbantur, zählt Cic. de off. 1 c. 42 auch die der foeneratores, und ibid. 2 c. 25 läßt er Cato auf

der Sklaverei an den Römern in einer nicht minder empfindlichen Weise rächte als beim Grundbesitz. Wenn man die Sklaverei die Folie der römischen Freiheit genannt hat, wenn man das Sklaventhum als einen Abzugscanal bezeichnen könnte, in den die römische Freiheit alles Unsaubere, Unwürdige, alles, was das Gefühl der Ehre und Würde eines römischen Bürgers hätte beeinträchtigen können, entließ, so liegt darin zugleich, daß alle niedere Arbeit, die ausschließlich oder vorzugsweise den Sklaven zugewiesen war, der Ehre verlustig ging, daß die Fertigkeit und Kunst eben dadurch, daß sie von Sklaven geübt ward, den Charakter einer ars illiberalis annahm d. h. eines Freien unwürdig erschien. Mit dem Sklaven hierin zu rivalisiren, sich über die herrschenden Vorurtheile hinwegsetzen, hieß auf Rang und Stellung im Leben verzichten, sich degradiren. Aber wer sich durch die Noth auch hierzu bestimmen ließ, ein wie ungünstiges Terrain fand er vor! Ueberall trat ihm die Concurrenz der billigen Sklavenarbeit hindernd in den Weg. Die grobe Handwerkerarbeit, alles, was zum regulären Lebensbedarf gehört, ward mit sehr unbedeutenden Ausnahmen in jedem größeren Hause durch Sklaven besorgt.[379] Der Absatz war nach dieser Seite also vorzugsweise auf die untern Klassen beschränkt, mithin wenig ergiebig. Für die Handwerke aber, die eine höhere Geschicklichkeit und Uebung verlangten, gab es Officinen und Fabri-

---

die Frage: quid fenerari antworten: quid hominem occidere? — Es gab gewisse Gewerbe, welche die Stiftung ihrer Innung auf Numa zurückführten, Plutarch. Numa 71. Huschke, Verf. des Serv. Tullius S. 149, Th. Mommsen, de collegiis et sodaliciis Romanorum Kil. 1843 p. 27 sq. Daraus läßt sich auf das Alter dieser Innungen schließen, nicht auf ihr Ansehn. Die Handwerker-Centurien der Servianischen Verfassung (Tibicines, Cornicines und Fabri) waren keine Zünfte, sondern nichts anders als unsere heutigen Handwerkercompagnien und Regiments-Musikchöre beim Militär, wie ein Blick auf den militärischen Zweck jener Verfassung lehrt.

379) Gallus von Becker Bd. 2 u. 3 der Ausg. von Rein. Eine Persiflage dieser Einrichtung s. bei Petronius Satiricon c. 38: Nec est, quod putes, illum quidquam emere, omnia domi nascuntur etc.

ken, die mit Sklaven betrieben wurden, neben denen also der freie Arbeiter, ganz abgesehen von dem erforderlichen Betriebskapital, bei gleicher Geschicklichkeit gar nicht, bei einem höhern Grade der Geschicklichkeit nur sehr schwer bestehen konnte. Im allgemeinen mußte sogar der Sklave den Vorsprung größerer Uebung und Fertigkeit voraushaben, aus dem einfachen Grunde, weil er sich ungestört und unausgesetzt seinem Geschäfte widmen konnte, während der freie Handwerker oft darin unterbrochen ward. Wenn der Sklave freigelassen wurde, so setzte er das Gewerbe fort, und ihm mit seinen geringen Ansprüchen, seiner größeren Uebung und der Protection eines mächtigen Patrons mochte dasselbe ein bescheidenes Auskommen gewähren, das dem freien Arbeiter weder sicher, noch vielleicht genügend, keinenfalls aber verführerisch genug war, um Viele zu veranlassen, die Bequemlichkeit und Selbständigkeit des Faullenzerlebens mit der demüthigen Stellung eines solchen Arbeiters zu vertauschen. Der Uebergang von einer höhern gesellschaftlichen Stufe zu einer niedern hat etwas höchst widerstrebendes; wie heutzutage der verarmte Adlige es für nobler hält als aristokratischer Proletarier zu vegetiren, denn als tüchtiger Bürger sich einem ehrenwerthen Erwerb hinzugeben, und selbst innerhalb des Bürgerstandes ein Individuum aus s. g. guter Familie lieber Abenteurer, Schauspieler u. s. w., als Handwerker wird, ebenso im alten Rom.

Wohin der Arbeit suchende Freie sonst noch sich wandte, überall begegnete er demselben Erbfeind: dem Sklaven. So in der Schifffahrt,[380]) im Handel,[381]) im Steuerwesen,[382]) selbst in den

380) Man nahm nicht bloß Sklaven zu Matrosen (einmal sogar auf der Kriegsmarine Liv. 24, 11. 26, 35), sondern auch zur Stelle des Kapitäns, wie aus der act. exercitoria hervorgeht.

381) Es bestand nicht bloß das dienende Personal häufig aus Sklaven (act. institoria), sondern oft hatten letztere auch selbst einen kleinen Handel (act. tributoria); dort versperrten sie den Freien den Platz, hier machten sie ihnen eine gefährliche Concurrenz.

382) Dasselbe erforderte ein großes Unterpersonal; die Publicanen

unteren Stellen der Staats- und Communal-Verwaltung (die servi publici).[382a]) In allen diesen Fällen gesellte sich zu der größeren Billigkeit der Sklavenarbeit noch ein anderer Grund hinzu, der dem Sklaven vor dem Freien den Vorzug gab, der Umstand nämlich, daß man nach Grundsätzen des ältern Rechts zwar durch hausunterthänige, nicht aber durch dritte freie Personen erwerben konnte. Darin lag, daß in allen Verhältnissen, die den Abschluß von Rechtsgeschäften durch Mittelspersonen mit sich brachten, die Verwendung des Sklaven als Mittelsperson vor der des Freien entschieden den Vorzug verdiente. Auf Umwegen ließ sich zwar auch im letztern Fall das gewünschte Resultat erreichen, aber der directe Weg hatte hier nicht bloß den Vortheil der Einfachheit, sondern auch den der größern Sicherheit. Die Uebertragung des erworbenen Rechts erforderte dort einen eigenen Willensact der Mittelsperson, konnte also verzögert, verweigert, vereitelt werden u. s. w., hier erfolgte sie von selbst; dort hatte die Mittelsperson vollständige Dispositionsbefugniß über das erworbene Recht, hier nicht.

Selbst also innerhalb des Rechtsgebiets wiederholt sich für den Freien die Schwierigkeit einer Concurrenz mit dem Sklaven!

So war also im alten Rom die persönliche Erwerbsfähigkeit dem Kapital gegenüber völlig machtlos, das große Vermögen (Grundbesitz wie Kapital) hatte über das kleine ein unverhältnißmäßiges Uebergewicht. Der Mittelstand, der bei einer gesunden Gestaltung der Verhältnisse das Gleichgewicht der Gesellschaft herzustellen hat, konnte in Rom nicht gedeihen. Auf der einen Seite häufte sich immer massenhafter der Reichthum an, auf der andern die Armuth und das Proletariat; was dort einem Einzel-

---

fanden es begreiflicherweise am vortheilhaftesten dazu Sklaven zu nehmen (familiae publicanorum).

382a) So bestand z. B. für die Besorgung der Wasserleitung in Rom in der Kaiserzeit eine familia publica von 240 und eine familia Caesaris von 460 Sklaven; ebenso im Dienst der Tempel. Ueber die servi publici vergl. jetzt Th. Mommsen, Röm. Staatsrecht I. 350—359.

nen zufloß, hätte bei richtiger Vertheilung genügt, um Tausenden eine ehrenhafte Existenz zu gewähren. Seinen Culminationspunkt erreichte dieses Mißverhältniß zwar erst gegen das Ende der Republik, aber im mindern Grade war es von jeher vorhanden.[383])

Aus dem bisherigen ergibt es sich, daß das Proletariat für Rom eine unvermeidliche Folge seiner Einrichtungen war. Aus begreiflichen Gründen drängte dasselbe von allen Seiten Italiens vorzugsweise nach Rom zusammen, denn Rom war eine Stadt für Proletarier, wie sie nie dagewesen. Hier war es möglich, mit Nichts und ohne Arbeit eine in gewissem Sinn behagliche Existenz zu führen, hier gab es ewige Zerstreuungen, Spiele, Feste, Spenden von Seiten des Staats und der Reichen. Hier war wenigstens das Elend glänzend, denn auch der Aermste sonnte sich in dem Glanz und der Herrlichkeit der römischen Macht, an der ja auch ihm ein Theil gebührte; auch der Bettler kam hier zu dem Gefühl seines Werthes als römischen Bürgers und konnte in den Tributcomitien sein Stimmrecht ausüben und — verkaufen.

Die Verantwortlichkeit für eine solche Existenz durfte der Einzelne zu einem beträchtlichen Theil von sich ablehnen und dem Staat oder den socialen Einrichtungen zuschieben. Was geschah nun von Seiten des Staats, um das Uebel zu heben und zu lindern? Bevor wir diese Frage beantworten, muß noch auf eine Erscheinung des römischen Lebens aufmerksam gemacht werden, die hiermit im engsten Zusammenhang steht, und die denselben Grund und Zweck hatte wie die Fürsorge von Seiten des Staats, ich meine die Liberalität der römischen Großen gegen die untern

383) Mit Recht bemerkt Peter Geschichte Roms Bd. 1, S. 103, daß aus den Nachrichten über den Census des Servius Tullius zu entnehmen sei, daß „in der damaligen Zeit schon eine verhältnißmäßig bedeutende Ungleichheit des Besitzes bestand. Das Normalvermögen der letzten Klasse verhält sich zu dem der ersten, wie 1 zu 10; wie es aber viele Bürger gab, die den geringsten Satz der untersten Klasse nicht erreichten, ebenso fehlte es gewiß nicht an solchen, die den Satz der ersten Klasse und zwar theilweise um ein sehr Bedeutendes überstiegen."

Stände. Dieselbe gewann im Laufe der Zeit eine so kolossale Ausdehnung, daß uns jeder Vergleich dafür fehlt. Den Grund derselben kann ich nicht in dem bloßen Streben nach Volksgunst und in der Bestechung des Volks zum Zweck der Wahlen erblicken — sonst müßte sich dieselbe Erscheinung auch in andern Republiken wiederholen — und noch weniger läßt sie sich aus dem Motiv der Wohlthätigkeit ableiten, denn diese Eigenschaft lag bekanntlich nicht im Charakter der Römer. Der tiefere Grund dieser Erscheinung ist vielmehr in den oben geschilderten Verhältnissen zu suchen. Es galt als sociale Pflicht der vermögenden Klasse, das Uebergewicht, das jene Einrichtungen ihr gewährten, durch Freigebigkeit gegen die Klasse, welche darunter zu leiden hatte, wieder auszugleichen, das Unrecht, das darin enthalten war, einigermaßen aufzuheben und erträglich zu machen. Welche Motive auch den Einzelnen bestimmen mochten: das allgemeine Motiv war die Versöhnung des verletzten Gefühls der untern Stände mit einem socialen Unrecht. Daher die Richtung jener Freigebigkeit auf eine ganze Klasse des Volks, daher die Bezeichnung derselben als einer förmlichen Standespflicht und die Schimpflichkeit einer Ablehnung oder Umgehung derselben.[384]) Mit vollem Recht; es war ein Zeichen gemeiner, schmutziger Gesinnung, die Vortheile einer bevorzugten Stellung auszubeuten, ohne die entsprechenden Pflichten tragen zu wollen. „Auf jedem größern Besitz haftet, wie ein neuerer Schriftsteller sagt,[385]) gleichsam die moralische Schuldverpflichtung, einen Theil desselben neben dem egoistischen eigenen Genusse zum Besten der Gesammtheit der Gesellschaft in Umlauf zu setzen." Die aristokratische Freigebigkeit diente in Rom wesentlich zur Ergänzung des Systems des Güter-Umlaufs, indem sie nämlich das Rückströmen des Vermögens in die leeren Theile, das durch die unvollkommene Organisation jenes Systems in nicht genügender Weise vermittelt ward, beförderte,

384) S. Cicero de offic. 2, 16, 17.

385) Riehl, die bürgerliche Gesellschaft. Stuttg. u. Tübingen 1851, S. 178.

der übermäßigen Anhäufung an den bevorzugten Punkten wenigstens in etwas abhalf.

Jene Freigebigkeit hatte also ein durchaus sociales, kein eigentlich moralisches Motiv; sie steht auf gleicher Linie mit unsern heutigen Standesausgaben, nur daß letztere freilich hinsichtlich des Maßes und der Ausdehnung gar nicht mit ihr verglichen werden können. Das eigene Interesse der höhern Stände erheischte sie als ein wesentliches Mittel zur Behauptung der Stellung, als eine Bethätigung ächt aristokratischer Gesinnung, die dem Volk imponirte und den Neid entwaffnete. Die untern wie die höhern Stände waren also gleichmäßig dabei betheiligt, jene Liberalität dem subjectiven Belieben zu entziehen und zu einer durch die Sitte gebotenen Pflicht zu erheben.[386]) Die hauptsächlichste Veranlassung, an welche die Volksansicht die Erfüllung dieser Pflicht knüpfte, war die Bekleidung des ädilitischen und später auch des quästorischen[387]) Amtes, der erste Schritt, den man in der Regel zu machen hatte, um die höhern Stufen der Staatsverwaltung zu ersteigen. Der zukünftige Beamte hatte bei seinem Eintritt in den Staatsdienst gewissermaßen sein Eintrittsgeld zu entrichten,[388]) die Liberalität war hier die stillschweigende Voraussetzung einer erfolgreichen Führung des Postens, mittelst dieses Amts also als wesentliches Element in den Organismus der Staatsverwaltung aufgenommen. Ein Aedil, der sich der mühsamsten persönlichen

386) Cicero de off. 2, 16... tota ratio talium largitionum genere vitiosa est (es spricht der homo novus aus ihm) temporibus necessaria. ibid. 17. Mamerco homini ditissimo praetermissio aedilitatis consulatus repulsam attulit.

387) Auct. de vir. ill. c. 17. Lucullus .... munus quaestorium amplissimum dedit. Suet. Domit. c. 4 ... quaestoriis muneribus, quae olim omissa revocaverat. Nach dem Bericht von Tacitus erhob Claudius jene Pflicht der Sitte förmlich zum Gesetz, indem er die Quästoren verpflichtete, auf eigene Kosten Gladiatorenspiele zu veranstalten.

388) So faßt auch Cicero in der angeführten Stelle das Verhältniß auf, indem er meint, im Vergleich zu den Ehren, die ihm später zu Theil geworden, sei ihm das Eintrittsgeld nicht so hoch gekommen.

Mühwaltung unterzogen, aber es sich nichts hätte kosten lassen, das munus patrimonii als ein munus personae behandelt hätte, würde nicht bloß die Gunst der getäuschten untern Stände, sondern die Achtung des gesammten Volks verloren und auf immer seine Aussichten auf Einfluß und abermalige Wahl verscherzt haben. Die Gelegenheit, bei der jene Verpflichtung der Aedilen sich zuerst und unvermerkt ausbilden konnte, mag die Besorgung der öffentlichen Spiele gewesen sein. Der Staat schoß eine Summe dazu her (für die ludi magni 500,000 As), es verstand sich aber von selbst, daß wenn die Aedilen mit derselben nicht reichten, sie den Ausfall zu decken hatten, da es ihre Sache gewesen wäre, die Spiele von vornherein billiger einzurichten. Ebenso hat auch für die übrigen Ausgaben, die das ädilitische Amt mit sich brachte z. B. Lieferungen von Getraide, Oel an's Volk unter dem Einkaufspreis, Bewirthung desselben, Anlegung von Häfen, Wasserleitungen, Straßen, Theatern das öffentliche Geld ursprünglich den Stamm abgegeben, zu dem sich die eigenen Auslagen des Aedilen nur als Zuschüsse verhielten. Jene öffentlichen Fonds bestanden theils aus Geldern, die für irgend einen bestimmten einzelnen Zweck aus dem Aerar bewilligt waren, theils — und hier mit freierer Dispositionsbefugniß für die Aedilen — aus Strafgeldern, die sie selber erkannt und beigetrieben hatten.[389]) Es begreift sich leicht, daß die Beisteuer der Aedilen im Lauf der Zeit eine immer größere ward; ein ehrgeiziger, eitler, verschwenderischer Vorgänger zwang durch sein Beispiel den Nachfolger nicht gar zu weit hinter ihm zurückzubleiben, und so geschah es, daß sich der Aufwand schon frühzeitig[390]) zu einer ungeheuren Höhe steigerte.[391])

389) Decreta in eam rem pecunia und pecunia multatitia s. z. B. Livius 10, 23, 47. 31, 50. 33, 42. 38, 35. 39, 44.

390) Wie Cicero de off. 2, 16 sagt: intelligo in nostra civitate inveterasse jam bonis temporibus, ut splendor aedilitatum ab optimis viris postulatur. Liv. 32, 7; 33, 25.

391) Dies ist bekannt, und ich darf mich auf einige Beispiele beschränken:

Auch von andern Beamten und selbst von Privatpersonen werden Beispiele einer großartigen Munificenz gegen das Volk erwähnt.[392] Gegen das Ende der Republik finden wir das System des aristokratischen Aufwandes in seiner vollen Blüthe, wir werden dasselbe im folgenden Buch berühren; ein näheres Eingehen auf dasselbe ist durch unsern gegenwärtigen Zweck nicht geboten.

Wir kehren jetzt zu unserer obigen Frage zurück, nämlich: was geschah von Seiten des Staats, um das materielle Loos der untern Klassen zu erleichtern? Die hauptsächlichsten Maßregeln, in denen sich die römische Wohlfahrtspolizei bethätigte, sind folgende:

1) Anweisung von Ländereien an die besitzlose Masse, sei es durch Anlegung von Colonien oder durch Assignation aus dem ager publicus. Unter allen Mitteln stand dieses in socialer wie politischer Beziehung oben an; es schaffte einen Theil der besitzlosen und unruhigen Masse aus der Stadt und gewährte diesem die Basis einer sittlichen Existenz. Die Römer betrachteten insbesondere die Ausführung einer Colonie als eine Art von Aderlaß,[393] und es ist die Frage, ob der sociale Organismus

---

Getraide- und Oellieferung an's Volk zu einem enorm niedrigen Preise Liv. 31, 50; 33, 42. Plin. H. N. 15, 1, Geldgeschenke an die Soldaten Liv. 33, 23 u. a., Anlegung von 170 Bädern auf eigene Kosten, Plin. H. N. 36, 15, von Theatern, Vellej. Paterc. 2, 130 (munera Pompeji) u. s. w. In vielen Fällen, wo die römischen Berichterstatter der Anlagen und Leistungen gedenken, durch die ein Aedil sich den Dank und die Anerkennung des Volks erworben habe, bemerken sie nicht, ob er es auf eigene Kosten gethan; wir werden annehmen dürfen, daß letzteres gemeint und das Verdienstliche vorzugsweise hierin gefunden worden ist.

392) Getraidespenden Liv. 4, 43, visceratjones (Vertheilung von Fleisch) Liv. 8, 22; 39, 46. Auct. de. vir. illustr. c. 32., Auslösen von Schuldknechten. Dionys. 4, 9, 10. Liv. 6, 20. Eine Menge von Beispielen, die auf Inschriften vorkommen, s. bei Kuhn über die Munera der römischen Gemeinden in der Zeitschrift für Alterthumswiss. v. Cäsar 1854. H. I. S. 11—15.

393) Wenn nicht als Reinigung eines Sumpfes. Cic. de leg. agr. 2, 26 i. f. urbanam plebem exhauriendam esse; hoc verbo usus quasi

Roms ohne das System solcher periodischer Aderlässe nicht bereits früher seinem innern Fehler erlegen wäre. Die Anwendung dieses Mittels reicht bis in die ältesten Zeiten hinauf; [394]) da während der Dauer der Republik die Eroberungen mit der Vermehrung des Proletariats gleichen Schritt hielten, so war ein stets wiederholter Gebrauch möglich.

Eine andere hierzu gehörige Maßregel war

2) die Einführung des Soldes.

Je weiter sich die Kriege von Rom entfernten, und je länger folgeweise ihre Dauer ward, um so mehr steigerte sich der Druck, mit dem dieselben gerade auf dem ärmern Theil des Volks lasteten. Vermochte man auch die Verhältnisse, in denen dies seinen Grund hatte, nicht zu ändern, so konnte man doch durch jene Maßregel dies Mißverhältniß etwas ausgleichen, jedenfalls den Druck einigermaßen vermindern. Im Jahre 348 der Stadt gab die herrschende Parthei den darauf gerichteten Anforderungen der ärmeren Klasse nach. [395])

Ein Punkt von äußerster Wichtigkeit war

3) das Getraideweſen. [396])

---

de aliqua sentina. Ebenso Liv. 24, 29 sentinam quandam urbis rati exhaustam. Liv. 10, 6: Romae quoque plebem quietam et exoneratam deducta in colonias multitudo praestabat. 5, 24 . . . multiplex seditio erat, cujus leniendae causa coloniam in Volscos, quo 3000 civium Rom. scriberentur, deducendam censuerant. Wachsmuth, die ältere Geschichte des röm. Staats. S. 326 fl.

394) Engelbregt de legib. agrariis ante Gracchos. Lugd. Batav. 1842. p. 31.

395) Liv. 4, 59. Einführung des Soldes, Vertheilung des ager publicus und Ausführung von Colonien werden um die Zeit als die Desiderien der Plebs und folglich als Lockspeise für sie gemeinschaftlich genannt. Liv. 4, 36. Agri publici dividendi coloniarumque deducendarum ostentatae spes et . . . in stipendium militum erogandi aeris.

396) Außer den von Marquardt in Becker, Handb. der röm. Alterthümer Th. 3. Abth. 2. St. 88 genannten, unter denen namentlich die von E. Nasse, Meletemata de publica cura annonae apud Romanos. Bonnae 1851 Hervorhebung verdient, s. noch Rudorff, Röm. R.-G. I.

Die Bemühungen der Staatsbehörde mußten in dieser Beziehung namentlich darauf gerichtet sein, einen möglichst gleichmäßigen Preis herstellig oder wenigstens die Schwankungen der Getraidepreise für die niederen Klassen unschädlich zu machen. Für gewöhnliche Zeiten gehörte das Getraideweſen zur Competenz der Aedilen, für besondere Nothzustände ward wohl ein eigener Beamter (praefectus annonae) oder eine Commission ernannt. Die Fürsorge dieser Personen äußerte sich zunächst darin, daß sie dem verderblichen Wirken des Kornwuchers entgegentraten,[398]) sodann darin,[399]) daß sie auswärts auf eigene oder auf Kosten des Staats Getraide aufkaufen und dasselbe zu einem mäßigen Preis an die Bedürftigen verabfolgen ließen. Völlig unentgeltliche Vertheilung des Getraides wie gegen das Ende der Republik in Gemäßheit eines Gesetzes von Clodius kam anfänglich nicht vor. Daß aber der Staat oder der Beamte dennoch schenkte d. h. unter dem Einkaufspreis verkaufte, wird nicht

---

§. 18 und Rubino, de Serviani census summis disputatio partic. 1. (Marburger Lectionskatalog für das Sommersem. 1854), worin der Verf. u. a. nachweist (S. 24 fl.), daß die in asses angesetzten Preise der leges frumentariae vom Pfund-As (in der Praxis in der Regel nach einem absichtlich sehr ermäßigten Ansatz zu einem Sesterz gerechnet) zu verstehen sind. Der unglaublich niedrige Preis der Stellen in Anm. 401 hatte Schultz Grundlegung zu einer geschichtlichen Staatswiss. der Römer S. 509 zu dem willkürlichen Vorschlag verleitet, statt aeris: sestertiis zu lesen; Rubino hat uns jetzt die richtige Lösung gegeben, und es ist keins der geringsten Verdienste jener kleinen, aber werthvollen Gelegenheitsschrift.

398) Theils durch polizeiliche und kriminelle Verfolgung desselben, Liv. 38, 35. 4, 12: et objiciendo irae populi frumentarios, Rein Kriminalrecht der Römer S. 829, theils dadurch, daß sie mittelst der im Text besprochenen Concurrenz die Preise herabdrückten Plin. H. N. 18, 4. Tiberius zwang einmal die Getraidehändler zu einem ermäßigten Preise zu verkaufen, legte aber das Fehlende bei. Tac. Ann. 2, 87.

399) In der äußersten Noth ergriff einmal ein Praefectus annonae ein sehr gewaltsames Mittel, das freilich wie alle derartigen Eingriffe seinen Zweck völlig verfehlte; er verordnete nämlich, daß jeder seine Vorräthe angeben und, soweit sie den Bedarf eines Monats überstiegen, verkaufen solle, Liv. 4, 12.

bloß ausdrücklich gesagt,[400]) sondern es läßt sich auch von vornherein annehmen, daß er bei einem Preise von einem As und darunter für den Modius, wie er uns für verschiedene Zeiten bezeugt wird,[401]) nicht seine Rechnung finden konnte.[402]) Diese Sorge für das Getraideweſen reicht in die älteſten Zeiten hinauf,[403]) nur beſchränkte ſie ſich anfänglich auf wirkliche Nothfälle. Die etwaigen Koſten fielen damals noch ausſchließlich der Staatskaſſe zur Laſt, und es läßt ſich begreifen, daß der Senat nur bei dringenden Veranlaſſungen Zuſchüſſe aus dem Aerar bewilligte, und nicht, ohne ſich das Geſchenk bezahlen zu laſſen.[404]) Es war alſo eine weſentliche Verbeſſerung für die niedern Klaſſen, daß ſpäter die Aedilen anfingen, auf eigene Koſten billiges Getraide zu liefern. Außer den Lieferungen ward noch im Tempel der Ceres, der gewiſſermaßen das Amtslokal der Aedilen bildete,

---

400) Plin. H. N. 18, 4 . . frumentum populo in modios assibus donavit.

401) Außer den Beiſpielen auf S. 239, Anm. 365 f. Liv. 30, 26. 31, 4 (quaternis aeris $^4/_{12}$ As), 30, 50 und 33, 42 (binis aeris $^2/_{12}$ As). Epitome 60 (lex frumentaria) des C. Gracchus: ut semisse et triente [$^5/_6$ As] frumentum plebi daretur).

402) Der Preis war ein ſehr niedriger, denn der Marktpreis des Weizens betrug in guten Zeiten etwa 3 Seſterzen für den Modius, alſo dreimal ſoviel als der Modius dem Volke abgelaſſen ward, wenn man das Pfund-As nur zu einem Seſterz rechnete. Nach Rubino's plauſibler Annahme (a. a. O. p. 15, Note 5) wäre dieſe niedrige Berechnungsweiſe des aes grave gerade bei den Getraidevertheilungen zuerſt aufgekommen. Mit dem Modius (ungefähr $^1/_6$ berl. Scheffel) reichte eine erwachſene Perſon, auch wenn ſie ſehr wenig andere Nahrung zu ſich nahm, eine Woche. Soldaten erhielten im Monat 4 Modii, die Bürger bei ſpäterer Getraidevertheilung 5, die Sklaven im Winter 4, im Sommer bei der härteren Arbeit $4^1/_2$, der villicus, weil ſeine ſonſtige Koſt beſſer war, nur 3. Cato de re rust. 58. Polyb. 6, 39. Welch geringen Werth das As ſchon in alter Zeit hatte, und wie ſehr derſelbe ſich ſpäterhin noch verminderte, kann nicht weiter ausgeführt werden.

403) Liv. 2, 9 (a. U. C. 246). 34 (262 si veterem annonam volunt). Dionys. 4, 22. Auct. de virr. ill. c. 7.

404) Darauf zielte der Vorſchlag des Coriolan, Liv. 2, 44. 35. Liv. 4, 12 regno prope per largitionis dulcedinem in cervices accepto.

an diejenigen, die dort ihre Zuflucht genommen hatten, unentgeltlich Brod verabreicht.[405])

Im Laufe der Zeit dehnte sich die Fürsorge der Staatsbehörden auch auf andere Gegenstände des leiblichen Bedürfnisses aus, z. B. Salz, Oel, Bäder, Wasserleitungen, Baumaterial.[405a]) Was namentlich das Salz anbetrifft, so ward schon in den ersten Jahren der Republik die Salzregie eingeführt, nicht aber in der Absicht, um darin eine neue Einnahmequelle für den Staat zu eröffnen, sondern um der künstlichen Theuerung, die der Handel hinsichtlich dieses Artikels zu bewirken gewußt hatte, ein Ende zu machen.[406]) Im sechsten Jahrhundert legten zwei Censoren, von denen der eine, M. Livius, daher den Beinamen Salinator erhielt, eine Steuer auf das Salz, und zwar in der Weise, daß die Lieferung des Salzes zu einem nach den verschiedenen Gegenden Italiens differirenden Preise verpachtet ward, wobei für Rom der bisherige Preis innegehalten werden mußte.[407])

4) Das Schuldenwesen.

Daß das Schuldenwesen für Rom eine ganz eigenthümliche sociale Bedeutung hatte, ist schon früher (S. 71) bemerkt. Für die Gegenwart kann von einer solchen Bedeutung kaum die Rede sein; es gibt keinen Stand der Gesellschaft, der heutzutage vor-

405) Non. Marc. de propr. serm. I. §. 209 s. v. pandere.

405a) Liv. 5, 55; 6, 4.

406) Liv. 2, 9. Salis quoque vendendi arbitrium, quia impenso pretio venibat, in publicum omni sumtu ademtum privatis. Livius hätte sich kaum deutlicher ausdrücken können, und die Auffassung des Textes wird keiner Rechtfertigung bedürfen, es ist aber unglaublich, wie man ihn mißverstanden und an den Worten gekünstelt und experimentirt hat. S. Drackenborch zu dieser Stelle. Eine Salzsteuer wird schon dem Ancus Martius zugeschrieben, Auct. de vir. ill. c. 5, ebenso die erste Einrichtung der Salinen und das erste Geschenk von Salz an das Volk. Plin. H. N. 31, 41.

407) Liv. 29, 37. Worauf sich die Behauptung von Ruperti Handb. der röm. Alterth. 2 Th. S. 838 stützt, daß das Salzmonopol in Italien aufgehoben worden sei, kann ich nicht einsehen; Belege hat er nicht hinzugefügt.

zugsweise dem Loose der Verschuldung ausgesetzt wäre, oder dem umgekehrt die Verschuldung der andern Klasse zu gute käme. Ganz anders in Rom. Die Verschuldung läßt sich hier als eine Epidemie bezeichnen, der die untern Schichten vermöge ihrer ungünstigen ökonomischen Situation fast ausschließlich ausgesetzt waren, und von der nicht Einzelne, sondern der ganze Stand in furchtbarer Weise und mit periodischer Regelmäßigkeit heimgesucht ward.[408])

Auf die Frage, wie der Staat sich dieser Thatsache gegenüber verhielt, haben wir bereits früher bei Gelegenheit der novae tabulae (S. 74 u. fl.) und der Zinsbeschränkungen die Antwort erhalten; es möge an dieser Stelle nur noch ein Nachtrag Platz finden. Er betrifft einen Fall, den Livius uns aufbewahrt hat.[409]) Im Jahre 403, als die Schuldenlast wieder einmal eine unerträgliche Höhe erreicht habe, berichtet er, habe sich der Staat in's Mittel gelegt, um eine Abtragung der Schulden zu bewirken. Es sei eine Commission zu dem Zweck ernannt, derselben ein Fonds aus dem Aerar zur Verfügung überwiesen, und sodann ein Theil der Forderungen im Namen des Staats abgetragen und von ihm übernommen worden, ein anderer sei dadurch erledigt, daß die Commission einen Accord zwischen Gläubiger und Schuldner, namentlich durch Abtretung von Sachen gegen billige Taxe zu Stande gebracht habe. So sei zur Zufriedenheit aller Theile und ohne nennenswerthe Einbuße für den Staat eine ungeheure Schuldenmasse getilgt worden.

Die Fürsorge und Beihülfe des Staats beschränkte sich nicht einmal auf allgemeine, eine ganze Klasse des Volks betreffende Maßregeln, sondern stieg mitunter in die engsten Kreise des individuellen Bedürfnisses hinab. So sehen wir den Senat nach dieser Seite hin in einer fast väterlichen Weise thätig werden z. B. den Töchtern verdienter, aber unbemittelter Männer aus Staats-

408) Liv. 6, 36 gregatim quotidie de foro addictos duci et repleri vinctis nobiles domos.

409) Liv. 7, 21.

mitteln eine Dos bestellen, sich des Hauswesens abwesender Beamten annehmen u. s. w.[410])

Aus dem bisherigen ergibt sich zur Genüge, daß die Idee von einem gleichgültigen Verhalten des Staats gegenüber dem Wohle des Individuums durchaus verkehrt ist, daß also, um auf unsere obige Frage (S. 219) die Antwort zu ertheilen: das System der subjectiven Freiheit nicht auf einem rein negativen, gleichgültigen Verhalten des Staats gegen das Individuum, sondern auf dem positiven Willen desselben beruhte.

Die Vorstellung, die wir bisher bekämpft haben, hat ihren Grund in der Wahrnehmung, daß der römische Staat bei so manchen Verhältnissen, in die der heutige durch beschränkende Gesetze oder Veranstaltungen anderer Art z. B. Controle, Mitwirkung von Seiten der Obrigkeit u. s. w. einzugreifen pflegt, sich völlig passiv verhielt. Dem Eindruck dieser Verschiedenheit wird sich Niemand entziehen können, der z. B. das Verhalten des ältern römischen und des heutigen Staats zur Vormundschaft und Familie in's Auge faßt. Aber übereilt ist der Schluß: dem römischen Staat sei die Gestaltung dieser Verhältnisse gleichgültig gewesen. Der wahre Grund lautet vielmehr: die Staatsgewalt mischte sich nicht weiter ein, als es nöthig schien. Soweit es unerläßlich war, hat auch der römische Staat sich nicht gescheut beschränkend oder nachhelfend einzugreifen,[410a]) darüber hinaus aber unterließ er es, während der moderne Polizei-Staat von der fixen Idee ausging, als ob ohne seine Leitung, Controle u. s. w. alles ins Stocken kommen würde und darum sich für verpflichtet hielt, überall seine Sorgfalt zu bethätigen.

410) Val. Max. 4, 4 §. 6 u. 10. Front. Stratag. 4, 3 §. 15. Auct. de vir. illustr. c. 40 (Alimente an die Frau und Kinder des Regulus) ib. c. 18, 24, 23 (Geschenk eines Hauses, einer Bau- und Begräbnißstelle) Val. Max. 5, 1 §. 1 (Begräbniß auf Kosten des Staates) Seneca Consol. 12. Mitunter geschah so etwas durch eine öffentliche Collekte des Volks z. B. Auct. de viris illustr. c. 18, 32.

410a) Das Weitere bei der Untersuchung über den Grund des subjectiven Rechts (Absch. II).

B. Der Macht- und Freiheitstrieb innerhalb der Magistratur.

Das freie Walten der Persönlichkeit in Verhältnissen des öffentlichen Rechts — Die Machtstellung der römischen Magistrate — Die Garantieen gegen den Mißbrauch der Amtsgewalt — Die staatsrechtliche Praxis — Bedeutung der Persönlichkeit für die Magistratur.

Fateor in ista ipsa potestate inesse quiddam mali, sed bonum quod est quaesitum in ea sine isto malo non haberemus.

Cicero de legib. 3, 10.

XXXV. Der Gegensatz des Systems der Freiheit und Unfreiheit, der in §. 30 aufgestellt ward, erstreckt sich ebensowohl auf das öffentliche als das Privatrecht. Wenn der Leser sich der obigen Darstellung erinnern will, so wird er wissen, daß ich die Freiheit im öffentlichen Recht keineswegs mit der republikanischen Verfassung identificire. Der Geist der wahren Freiheit ist an keine Staatsform gebannt; er hat nicht selten die Republiken geflohen und in einer absoluten Monarchie sich niedergelassen. Wo die Staatsgewalt sich zur ausschließlichen Quelle alles Rechts und aller Kraft gemacht, die Freiheit und Bewegung, die über den ganzen Organismus ausgebreitet sein sollte, sich allein zugeeignet hat, um sie nur von sich aus zu entlassen, hört der Raub, den die Staatsgewalt an der wahren Freiheit begangen, dadurch nicht auf es zu sein, daß die republikanische Form der Verfassung jedem Einzelnen seinen homöopathisch verdünnten Antheil an demselben verstattet.

Wir haben früher (S. 128) das Wesen und den Endzweck der Freiheit in den schöpferischen Beruf der Persönlichkeit gesetzt. Dieser Beruf und der Trieb, das Bedürfniß der Persönlichkeit, ihn zu bethätigen, beschränkt sich aber nicht auf den engen Kreis der privatrechtlichen Existenz, sondern wohin die Persönlichkeit sich wendet, im öffentlichen Leben, in Kunst und Wissenschaft, bringt sie diesen Trieb mit sich, und in demselben Maße, in dem sie Gelegenheit findet, ihn zu befriedigen, stellt sich jene Liebe zum Beruf ein, die gerade in der Hingebung, die sie bewähren, und in

den Opfern, die sie bringen darf, ihre Befriedigung und ihr Glück findet. Dieses heilige Feuer wahrer Liebe, dieser höhere Schwung der Persönlichkeit wird nur durch die Ekstase, in die das Schaffen, das freie Wirken sie versetzt, geweckt. Beraubt die Persönlichkeit der Freiheit, bevormundet sie, umgebt sie mit einem Netz lästiger Beschränkungen, — und jener unerschöpfliche Kraftvorrath des spontanen Wollens, über den die Persönlichkeit gebietet, jene Hingebung und Willigkeit geht für die ihr gestellte Aufgabe verloren. Allerdings gibt es auf allen Gebieten menschlicher Thätigkeit Stellungen und Aufgaben, die ihrer Natur nach ein freies Wirken und eine schöpferische Thätigkeit ausschließen und lediglich Handlangerdienste erfordern und zulassen, sie machen das Wesen des subalternen Berufs aus. Wer sich ihnen unterzieht, verzichtet von vornherein auf freies Walten; in der Stellung und Aufgabe selbst liegt Nichts, was ein Anrecht darauf ertheilen, Nichts mithin, was das Subject innerlich mit ihr entzweien könnte. Anders aber, wenn die Aufgabe ihrer Natur nach ein selbständiges Handeln voraussetzt, diese Selbständigkeit aber aus Mißtrauen möglichst beschränkt und beschnitten wird. Eine Gewalt und damit die Ansprüche, die sie erweckt, zu gewähren oder zu dulden, ihr aber von allen Seiten die Möglichkeit einer spontanen Bewegung abzuschneiden und sie dadurch sich selbst zu verleiden; die Lust, Liebe und Hingebung an die Aufgabe in der Geburt zu ersticken; in dem gewöhnlichen Charakter die Persönlichkeit völlig abzuthun und das Gefühl Stück einer Maschine, willenloses Werkzeug des Gesetzes oder eines höhern Willens zu sein an die Stelle zu setzen; in dem kräftigen Charakter einen tiefen Groll über den innern Widerspruch zwischen der gestellten Aufgabe und dem Maß der gewährten Mittel und einen beständigen Reiz zur Uebertretung der Beschränkungen zu unterhalten — das ist die Weisheit eines Systems, das noch bis auf den heutigen Tag bei uns in voller Blüthe steht, das System der Bevormundung von oben herab, der Angst vor der Freiheit und Macht der Persönlichkeit.

Durch alle unsere Institutionen geht ein Zug des Mißtrauens, überall flößt uns die volle Gewalt Angst ein, wir ruhen nicht eher, bis wir ihr die Möglichkeit des Mißbrauchs entzogen haben. Es ist jene Flucht vor der Persönlichkeit und die Ueberschätzung der todten Regel und Anstalt, die ich schon früher als einen Charakterzug unsrer Zeit bezeichnet habe, der sich in allen unsern Verhältnissen, nicht bloß in denen des öffentlichen Rechts, nachweisen läßt. Man nehme unser Beamtenwesen. Wie erdrückt ist es durch die Last von Gesetzen, Verordnungen, Instructionen, die den Beamten wie einen Blinden bei dem kleinsten Schritt, den er macht, lenken sollen! Und wo das todte Gesetz eine Lücke läßt und damit die Gelegenheit bietet, der persönlichen Einsicht des Beamten die Entscheidung zu überlassen, entzieht das Mißtrauen ihm dieselbe wieder, indem es ihn darauf beschränkt zu berichten und die Entscheidung von oben zu holen. Man nehme ferner unser Corporationsleben. Wie hat man hier aus Angst das Selbstregiment und die Selbständigkeit der Corporation untergraben und das System der Bevormundung von Seiten des Staats an die Stelle gesetzt! Und gar unsre heutige Vormundschaft, welch ein Zerrbild ist sie! Wie gelähmt ist der Vormund durch die Obervormundschaft bei jedem Schritt und Tritt, den er beabsichtigt! Anstatt alles Gewicht auf die Persönlichkeitsfrage zu legen, dafür zu sorgen, daß nur solche Individuen zu Vormündern genommen werden, die Vertrauen verdienen, anstatt die nöthigen Garantieen in ihrer Persönlichkeit, ihrer Solvenz u. s. w. zu suchen, hat man dem ganzen Institut der Vormundschaft einen Zuschnitt gegeben, der, auf völlig unfähige Vormünder berechnet, den tüchtigen aller Orten hemmt und lähmt und ihm alle Lust und Freude an seinem Amt verkümmert. Die äußerste Spitze des Unsinns, zu der sich diese Politik der Angst verstiegen hat, war wohl die, daß man einen Feldherrn, der dem Feinde gegenüberstand, unter die Leitung einer entfernten Kriegskanzlei stellte, ihn anwies, sich von ihr die Autorisation zur Schlacht und die Genehmigung des Schlachtplanes einzuholen.

Zu diesem unserm heutigen System bildet das römische den schärfsten Gegensatz. Die Römer wußten, daß ein mächtiger Staat kraftvoller Werkzeuge bedarf, ein Staat mit gebundenen Gliedern nichts Großes zu leisten vermag, und weder die Angst vor der Möglichkeit des Mißbrauchs, noch ihr Freiheitsgefühl hielt sie ab, die Magistraturen mit der vollen Gewalt auszustatten. In allen Verhältnissen an eine energische Machtentfaltung gewohnt, würden sie am wenigsten an der Spitze ihres Gemeinwesens die Schwäche und Ohnmacht ertragen haben. Nicht ein devotes, ängstliches, anspruchsloses Auftreten, sondern ein gebieterisches, königliches Benehmen wünschte das Volk von seinen Beamten; die Macht und Majestät des Staats selbst sollte in ihnen sichtbar werden. Darum räumte es ihnen bereitwillig zu diesem Behuf die nöthige Macht und Stellung ein, und Polybius konnte die Bemerkung machen, daß der römische Staat, wenn man die Magistraturen in's Auge fasse, den Eindruck einer Monarchie hervorrufe.[412]) Die Machtfülle, mit der das Beamtenthum von altersher ausgestattet war, blieb seit dem vierten Jahrhundert bis zu Ende der Republik nicht bloß unvermindert, sondern auch völlig unangefochten bestehen; denn die Demokratie gefiel sich hier nicht wie bei uns darin, die Macht der Regierung und die Autorität des Beamtenthums im vermeintlichen Interesse der Volkssouveränetät herabzusetzen. Wie günstig der Boden für das Gedeihen der Macht der Beamten war, zeigte sich insbesondere daran, daß es den Magistraturen, die erst seit Anfang des vierten Jahrhunderts in's Leben gerufen wurden, möglich war, ihr ursprüngliches Machtgebiet ohne Hülfe der gesetzgebenden Gewalt bloß durch eigene Kraft im weitesten Maße auszudehnen.

Diese Popularität der Gewalt und diese Autorität des Beamtenthums in Rom erklärt sich zur Genüge aus dem angebornen Sinn der Römer für Macht, Disciplin und Unterordnung, und es thut nicht Noth zur Erklärung dieser Thatsache zu dem König-

412) Polyb. VI. 11, 5. 12, 9.

thum zurückzugreifen. Es gibt bekanntlich eine Auffassung des römischen Königthums, die in demselben eine theokratische Institution, eine Art Hohenpriesterthum erblickt.[413]) Von der Idee ausgehend, als ob die einfach sittlich-natürliche Anschauung der Verhältnisse es nicht zu dem Gedanken der Nothwendigkeit der Autorität zu bringen vermocht habe, hat sie jenes Königthum zu Hülfe genommen, um auch die Magistratur als Erbin desselben mit dem Nimbus göttlicher Weihe zu bekleiden. Selbst wenn ich den Glauben an jenes Königthum theilte, könnte ich doch diese Art der Verwendung desselben weder für nöthig noch für statthaft halten. Neben den Consuln, die man als die eigentlichen Erben der königlichen Würde bezeichnen kann, kamen nach und nach noch andere Magistraturen auf, und sie alle besaßen doch darum kein geringeres Ansehen und Gewicht, daß es für sie keine alten religiösen Traditionen, kein Königthum gab, das ihnen die nöthige Weihe hätte verleihen können. Und sodann ward ja die eigentlich priesterliche Function des römischen Königthums von der Magistratur getrennt und dem rex sacrificulus überwiesen. Welch' klägliche Rolle aber spielte gerade dieser Erbe der religiösen Gewalt des Königs!

Wir wollen jetzt die Machtstellung der römischen Beamten an einigen schlagenden Beweisen erläutern. Höchst beachtenswerth ist zunächst die Unabhängigkeit und Selbständigkeit der Magistrate in ihrem Verhältniß zum Volke. Das Volk bestellte sich in dem Beamten nicht einen Diener, einen Niedern (minister), sondern einen Herrn, einen Höhern (magister mit magnus zusammenhängend). Der Umstand, daß er durch die Wahl des Volkes berufen und nach Niederlegung des Amts vor dasselbe zur Verantwortung gezogen werden konnte, hatte auf die ihm anvertraute Gewalt selbst gar keinen Einfluß. Sowie er sein Amt angetreten, änderte sich sein Verhältniß zum Volk völlig; kurz vorher noch hinaufblickend zu demselben, blickte er jetzt auf

413) Gerlach u. Bachofen, Geschichte der Römer. B. 1. Abth. 2.

daſſelbe hinunter. Der Wille des Volks konnte ihm fortan nichts mehr entziehen — er war für die Dauer ſeines Amtsjahres rechtlich unabſetzbar — noch auch ihn hindern, in ſeiner Amtsführung ganz ſeiner eigenen Ueberzeugung zu folgen. Der Volkswille erſcheint alſo nur als rein tranſitoriſches Moment bei der Magiſtratur, er erſchöpft ſich mit dem einen Akt der Wahl und tritt ſodann ein ganzes Jahr wieder in den Hintergrund. Es iſt begreiflich, daß die Beamten auf den Willen und die Wünſche des Volks Gewicht legten, aber kein höheres als etwa in einer monarchiſchen Verfaſſung der Fürſt. Wo ſie anderer Ueberzeugung waren, nahmen ſie nicht den geringſten Anſtand ſich darüber hinwegzuſetzen, ja es werden uns in dieſer Beziehung Züge und Aeußerungen berichtet,[414] die eine faſt abſolutiſche Geſinnung athmen.

Was die einzelnen Magiſtraturen anbetrifft, ſo nimmt hinſichtlich der Fülle der Machtbefugniß die Dictatur bekanntlich die erſte Stelle ein. Sie läßt ſich als eine vorübergehende Anleihe der Republik bei dem abſoluten Königthum bezeichnen und enthält das Zugeſtändniß, daß die republikaniſche Verfaſſung zwar für gewöhnliche Zuſtände durchführbar, für ungewöhnliche Verhältniſſe aber die Concentrirung der geſammten Staatsgewalt in der Hand eines abſoluten Herrſchers nöthig ſei — die Anerkennung der relativen Berechtigung des Abſolutismus innerhalb eines Freiſtaats.

Die Macht der Conſuln war beſchränkter; aber welche Befugniß ſchloß doch auch ſie in ſich! Hing es doch de jure vom Conſul ab, ob und wie oft er Volks- und Senatverſammlungen[415] berufen wollte — wider ſeinen Willen waren beide nicht möglich — welche Gegenſtände zur Verhandlung kommen ſollten,

414) Val. Max. 3. 7, 3: Tacete quaeso, Quirites, plus enim ego, quam vos, quid reipublicae expediat, intelligo. Ibid. 6. 2, 3. 6. 4, 1, 2. Auct. de vir. illustr. 58 §. 8.

415) Hinſichtlich der Sitzungen des Senats beſtand eine Pflicht der Sitte (ſ. unten).

ob er, wenn die Stimmung ihm nicht günstig erschien, die Versammlung wieder entlassen wollte u. s. w.[416]) Als ein höchst merkwürdiges Recht verdient auch die freie Dispositionsbefugniß über das Aerar bezeichnet zu werden; an die Mitwirkung des Senats war die Ausübung desselben nicht geknüpft. Wir werden hierauf unten bei Gelegenheit der Stellung der Magistraturen zum Senat zurückkommen.

An positiver Macht kamen den Consuln am nächsten die Censoren. Ihre Strafgewalt war zwar hinsichtlich der Strafart beschränkt, allein im übrigen nicht minder ausgezeichnet durch ihre Ausdehnung als durch ihre Befreiung von dem Recht der Provocation an die Volksversammlung. Vermöge dieser Gewalt konnten sie bekanntlich Jemanden aus der Tribus, dem Ritterstande, dem Senat ausstoßen. Sodann hatten sie das Recht, nach eigener Wahl den Senat zu ergänzen, Steuern aufzulegen[417]) u. s. w., kurz Rechte, die ein ganz und gar absolutistisches Gepräge tragen.

Die Macht der Tribunen war ursprünglich vorwiegend negativer Natur, ein Einspruchsrecht gegen willkürliche Maßregeln der patricischen Magistrate. Im Lauf der Zeit aber wußten sie nicht bloß diesem Einspruchsrecht die weiteste Ausdehnung zu geben, sondern sie erwarben sich auch höchst wirksame positive Rechte hinzu, namentlich das jus prendendi. Während ihnen dasselbe anfänglich sogar in seiner Richtung gegen Privatpersonen patricischen Standes bestritten war, setzten sie dasselbe später selbst gegen die Consuln durch.[418]) „Die tribunitische Ge-

416) In der ersten Auflage hatte ich im Anschluß an eine neuerdings öfters vertheidigte Ansicht noch ein anderes Recht des Consuls angeführt, dessen Ungrund ich inzwischen glaube nachgewiesen zu haben, s. III. 221, 222.

417) Wie z. B. Livius Salinator (Anm. 407) die Salzsteuer.

418) Jenes bei Liv. 2, 56, dieses bei Liv. 3, 26 (wo der Senat selbst ihrer Usurpation in die Hände arbeitet). Sie versuchten es auch, wie uns Gellius 13, 12 berichtet, sich das jus vocationis, das den Magistraten mit imperium zustand, zuzueignen, ja sie wagten es sogar gegen die Consuln

walt, um mit Niebuhr zu reden, überflog Consuln, Senat und das Volk selbst, und die Tribunen waren nicht sowohl Repräsentanten der Nation gegenüber der höchsten Gewalt, sondern für die Dauer ihrer Zeit ernannte Tyrannen." Ließ doch Einer einst den Consul, der ihn in der Rede unterbrochen, in's Gefängniß werfen, ein anderer gar beide Consuln, ein dritter neun seiner Collegen lebendig verbrennen![419])

Das Ueberraschende an diesen Gewaltverhältnissen ist nicht sowohl die außerordentlich weite Erstreckung der Gewalt, als der Umstand, daß selbst die exorbitantesten Befugnisse an gar keine Voraussetzungen geknüpft sind. Es gilt hier dieselbe Bemerkung, die ich S. 136 hinsichtlich der gleichen Erscheinung auf dem Gebiete des Privatrechts gemacht habe.[420]) Die stillschweigende Bedingung für die Ausübung aller jener Befugnisse ist das Dasein der Voraussetzungen, welche ihren Gebrauch rechtfertigen. Wie aber die Voraussetzungen beschaffen sein sollen, und ob sie wirklich vorhanden sind, das ist auch hier lediglich dem Urtheil des Innehabers der Gewalt anheimgestellt. Er kann einen Mißgriff begehen — gewiß — aber dafür ist ihm andererseits auch die Möglichkeit der Wahl des Besten offen gelassen. Selbst wenn jene Gefahr nicht durch Einflüsse, von denen gleich die Rede sein wird, beträchtlich vermindert worden wäre, so mochten sich die Römer doch mit dem Gesichtspunkt trösten, den Cicero bei der Beurtheilung der tribunitischen Gewalt aufstellte, nämlich daß das

---

auszuüben, allein hier hatte ihre Usurpation nicht den gewünschten Erfolg, die vocatio ward ihnen nie zugestanden.

419) Val. Max. 6, 3, 2. 9. 5, 2. Cicero de leg. 3 c. 9. Aur. Vict. de vir. ill. 66, §. 9.

420) Ich könnte hier noch auf die Vormundschaft des ältern Rechts verweisen, deren ich dort zu gedenken keine Veranlassung fand. Die Charakteristik der öffentlichen Gewalten paßt fast Zug für Zug auch auf sie. Sie war bekanntlich im ältern Rechte ein Gewaltverhältniß (jus in capite libero), und zwar ein rechtlich sehr freies, der Vormund ward durch keine Vorschriften und Beschränkungen gebunden und konnte erst nach Niederlegung seines Amts zur Verantwortung gezogen werden.

Schlechte der Kaufpreis des Guten ist.[421]) Gegen den Mißbrauch der tribunitischen Gewalt gab es gerade die wenigsten verfassungsmäßigen Garantieen, gegen den Mißbrauch des Veto gar keine; sie von allen Gewalten hatte sich am meisten überhoben und vergangen, und doch findet Cicero selbst für sie in jenem Gesichtspunkt einen ausreichenden Grund zu ihrer Rechtfertigung.[421a]) In der That aber verliert jene Gefahr des Mißbrauchs bei näherer Betrachtung ein erkleckliches von dem Schreckhaften, das sie vom abstracten Standpunkte aus zu haben scheint. Daß ein Tribun aus Uebermuth den Consul in's Gefängniß werfen läßt, der Censor aus Chikane Senatoren und Ritter aus der Liste streicht und seine Kreaturen in den Senat bringt, daß der Consul die Schätze des Aerars zu nichtigen Zwecken vergeudet oder aus persönlicher Abneigung sich weigert, die vom Volk gewählten Magistrate des folgenden Jahres zu proclamiren, daß die Augurn im politischen Partheiinteresse wegen angeblicher Formfehler in den Auspicien die Wahlen und andere staatsrechtliche Akte cassiren — alles das war abstract genommen durchaus möglich und kam späterhin, als die Willkür sich aller Scham entband und selbst vor offenbaren Verletzungen der Gesetze nicht zurückbebte, wirklich vor. Freilich blieb denn auch die nothwendige Folge der Ausschweifung nicht aus — die Selbstvernichtung, wie wir im folgenden Buch zeigen werden. Wir stehen aber hier noch in der alten Zeit, und für sie gilt etwas anderes. Auf die verfassungsmäßigen Garantieen lege ich kein entscheidendes Gewicht; sie bestanden auch später, ohne daß sie dem Uebel hätten Einhalt thun können, zum besten Beweise, daß ein anderes Moment den Ausschlag gab. Es war der Geist der alten Zeit. Wenn ein schlechter Geist sie beseelt, sind alle rechtlichen Formen lahm

421) De leg. 3 c. 10. Sed iniqua est in omni re accusanda praetermissis bonis malorum enumeratio vitiorumque selectio. Nam isto quidem modo vel consulatus vituperabilis est, si consulum, quos enumerare nolo, peccata collegeris.

421a) Die Worte sind oben als Motto dieses Paragraphen benutzt.

und unwirksam; wenn die Partheilichkeit und Bestechlichkeit zu Gericht sitzt, werden die besten Gesetze der Willkür nicht steuern. Darum möge man auch für die alte Zeit immerhin die Garantieen, welche die Verfassung gewährte, namhaft machen — aber nur als äußere Mittel, die erst in Verbindung mit dem Geist, der die alte Zeit erfüllte, ihren Zweck erreichen konnten.

Diese verfassungsmäßigen Garantieen lagen theils in der den Beamten nach Niederlegung seines Amts treffenden Verantwortlichkeit, theils in der Intercession der Tribunen und höheren Magistrate. Jene Verantwortlichkeit beschränkte sich, wie kaum bemerkt zu werden braucht, nicht auf die Verletzung der Verfassung und Uebertretung von Gesetzen, sondern sie erstreckte sich auch auf Handlungen und Unterlassungen, die dem Interesse des Staats widerstrebten, mochten sie äußerlich auch noch so legal sein.[422]) Das Intercessionsrecht der dem Rang nach gleichen oder höheren Magistrate gehört zu den merkwürdigsten Eigenthümlichkeiten der römischen Verfassung. Dem rein Negativen, der hemmenden Kraft ist mittelst ihrer ein Einfluß zugestanden worden wie nirgends anders, und es läßt sich erwarten, daß dies Mittel in der Regel seinen Zweck, das entschieden Schlechte zu verhindern, erreicht haben wird — wenigstens innerhalb der Stadt Rom. Eher früge es sich, ob dasselbe nicht umgekehrt einen lähmenden Einfluß ausgeübt, manches Gute verhindert habe. Es hing begreiflicherweise alles von dem Geiste ab, in dem dies Recht geübt ward. Ward das Veto, wie es im Sinn der Verfassung lag, nur als ein Schutzmittel gegen absolut verwerfliche Maßregeln gehandhabt, so konnte darin eine Gefahr für die Selbständigkeit der Magistrate nicht erblickt werden, im entgegengesetzten Fall, wenn also eine bloße Meinungsverschiedenheit oder gar die Chikane sich der Intercession bedient hätte, würde dies Mittel den Ruin aller Selbständigkeit der Magistrate enthalten

422) E. Laboulaye, Essai sur les lois criminelles des Romains, concernant la responsabilité des magistrats. Paris 1845.

haben, und das Uebel, das in ihm selbst gelegen, wäre größer gewesen, als das, gegen welches es hätte helfen sollen.[422a]) Es ist bekannt, daß das Mittel nach Einer Seite hin nicht selten zu einem ihm an sich fremden Zwecke gemißbraucht wurde, nämlich von den Tribunen, um durch Einspruch gegen nothwendige Maßregeln z. B. eine Aushebung, Ausschreibung der Kriegssteuer politische Concessionen zu ertrotzen,[423]) allein, daß im übrigen die ganze Einrichtung der Selbständigkeit der Magistraturen Eintrag gethan, läßt sich meiner Ansicht nach nicht behaupten. Es begreift sich dies auch sehr wohl. Eine leichtsinnige Benutzung des Veto enthielt nicht weniger einen Mißbrauch der Amtsgewalt und zog nicht weniger Verantwortung und Strafe nach sich als ein tadelnswerther Gebrauch der positiven Befugnisse.[424]) Sodann aber war eine Intercession auch factisch nicht so leicht, wie man sich vorstellen könnte.[425]) Sie warf dem Magistrat, gegen den sie gerichtet war, den Fehdehandschuh hin, und ohne Noth entschloß man sich schwerlich zu einem so gehässigen, Aufsehen erregenden Schritt. Ein leichtsinniger Intercedent hatte der öffentlichen Meinung gegenüber keinen leichteren Stand als jeder andere

---

422a) Dieselbe Bewandtniß hatte es mit manchen andern Befugnissen, und die Zeit des Verfalls hat es an eklatanten Fällen ihres Mißbrauchs nicht fehlen lassen, eines Mißbrauchs, der von der andern Seite wohl durch offene Nichtachtung des Gesetzes beantwortet wurde (Sueton. Jul. Caesar 20. Cic. ad Att. 4, 2.). Beispiele: Mißbrauch des servare de coelo und obnuntiare (vitiare diem Cic. ad Att. 4, 9). Cic. ad Att. 4, 3, 3 de domo 15, 39, 40 de har. resp. 23. 48. Sueton. cit. Verhinderung des Senats an der Abstimmung durch diem dicendo consumere, Cic. ad Att. 4, 2, und selbst an der Verhandlung id. 1, 18; 3, 24. Chikanense Ausführung des Auftrags, einen Dictator zu ernennen Liv. epit. 8, 12; 19.

423) So verhinderten sie sogar fünf Jahre lang (379—383) die Wahl der patricischen Beamten, um die Zulassung der Plebejer zum Consulat zu erzwingen. Liv. 6, 35.

424) S. z. B. Liv. 5, 29.

425) Man sehe z. B. Vellej. Paterc. 2, 44: Bibulus, collega Caesaris, cum actiones ejus magis vellet impedire, quam posset (d. h. er wagte es nicht) majore parte anni domi se tenuit.

Beamte bei ſeinen poſitiven Maßregeln, es kam nicht bloß darauf an, den Widerſpruch zu erheben, ſondern auf ihm zu beharren; ein unmotivirter Widerſpruch konnte ſeinem Urheber die Demüthigung eintragen, ihn ſelbſt wieder zurücknehmen zu müſſen.[426]) Auch hier alſo war die Gewalt in Wirklichkeit nicht ſo gefährlich, als ſie in ihrer abſtracten Geſtalt den Anſchein hat.

Ich habe geſagt, daß ich auf die beiden bisher beſprochenen verfaſſungsmäßigen Garantieen gegen den Mißbrauch der Amtsgewalt nicht das entſcheidende Gewicht lege. Die beſte Garantie lag vielmehr außerhalb der Verfaſſung — in dem Geiſt der Zeit, dem Charakter des Volks, den Verhältniſſen und thatſächlichen Gewalten des römiſchen Lebens. Ich will hier nicht wiederholen, was ich ſchon oben (S. 142) bei Gelegenheit des Privatrechts ausgeführt habe; ein jeder wird ſich ſagen können, daß alles dort Geſagte in verſtärktem Maße auf den vorliegenden Fall Anwendung findet. Was von der rein privatrechtlichen Gewalt galt, die der Einzelne aus eigenem Recht hatte, und die ſich im Innern des römiſchen Hauſes verbarg, um wie viel mehr mußte es gelten von der öffentlichen, die ihm nur zur Verwaltung anvertraut war und ſich ſtets im vollen Licht der Oeffentlichkeit bewegte, bei allen ihren Schritten der Controle und Kritik der Mit- und Nachwelt ausgeſetzt,[426a]) von allen Seiten zugänglich und durch Einflüſſe, Rückſichten aller Art temperirt.[427]) Frei dem Recht

426) Liv. 45, 21 .... persaepe evenisset, ut .. qui ad intercedendum venissent, desisterent victi auctoritatibus suadentium legem. Liv. 31, 6 laceratusque probris in senatu tribunus plebis. 31, 20 victus consensu patrum tribunus cessit. 39, 5 victus castigationibus tribunus. Bei Liv. 4, 60 legten die Tribunen ihr Veto ein gegen die Ausſchreibung der Kriegsſteuer, allein es ward ihnen hier die Beſchämung zu Theil, daß bei Arm und Reich spreto tribunitio auxilio certamen conferendi (tributi) est ortum. Es vergingen mitunter viele Jahre, ohne daß ſich ein Interceſſionsfall ereignete. Liv. 9, 33.

426a) Insbeſondere auch die Ausſicht auf die Demüthigung, daß der Nachfolger im Amt die getroffenen Maßregeln zurücknehmen werde, ſ. z. B. Liv. 9, 30, wo dies mit hartem Tadel geſchah.

427) Selbſt durch den Einfluß der Familienverhältniſſe z. B. durch die

nach, war der Beamte umgeben von einer unsichtbaren Gewalt, die ihn am Guten nicht hinderte, aber bei jedem Versuch zum Schlechten zurückhielt. In dieser unsichtbaren Gewalt und in dem Geist der Vaterlandsliebe, Selbstverleugnung, Achtung gegen das Althergebrachte u. s. w., den man bei dem Magistrat voraussetzen mußte und konnte, steckte das beste Theil der römischen Verfassung, und erst sie machten sie zu dem, was sie war. Abstrahiren wir von ihnen, halten wir uns lediglich an den äußern Mechanismus der Verfassung, an das formelle Recht, dann freilich muß uns diese Verfassung als eine der unvollkommensten erscheinen, die es je gegeben hat, und die schlechteste von unsern modernen Constitutionen würde sie unendlich übertreffen. Wüßten wir es sonst nicht schon zur Genüge, so könnten wir uns hieraus die Lehre entnehmen, daß der Werth einer Verfassung nicht durch die Planmäßigkeit und Vollendung ihrer Mechanik, sondern durch den Geist bedingt ist, in dem sie gehandhabt wird. Dieser Geist ist bekanntlich durch kein Gesetz zu bannen oder zu gestalten, denn er ist das Volk und die Zeit selber. Wo er der rechte ist, hat die Gesetzgebung leichtes Spiel, und so war es in der guten Zeit des römischen Freistaats. Das Gesetz brauchte den Beamten nicht zu unterweisen, was der rechte Gebrauch sei, unter welchen Voraussetzungen er sich dieses und jenes Rechts zu bedienen habe — er mußte es wissen und wußte es.

Die Behauptung, daß das geschriebene Recht, sowohl was die Zahl als den Inhalt der Gesetze anbetrifft, in Bezug auf diesen Punkt äußerst dürftig war, wird schwerlich auf Widerspruch stoßen. Es ist bereits früher (S. 45) darauf hingewiesen

---

patria potestas (Val. Max. 5, 4, 5. 5, 8, 3. Liv. 2, 41) die Agnaten und Gentilen (s. z. B. Anm. 333). Selbst der Pontifex maximus ward durch die Volksstimme gezwungen, sich über angebliche Hindernisse des geistlichen Rechts hinwegzusetzen. Liv. 9, 46 coactus consensu populi. Ein Censor mußte sogar der öffentlichen Meinung, die er durch einen Willkürakt gegen sich aufgebracht hatte, die Concession machen, sein Amt niederzulegen. Liv. 9, 29.

worden, daß die Tendenz nach Fixirung und Objectivirung des Rechts sich auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts überhaupt in unendlich geringerem Grade bethätigt hat als auf dem des Privatrechts. Den Grund davon dürfen wir theils in der bereits an jener Stelle angegebenen innern Verschiedenheit zwischen beiden Rechtstheilen erblicken, theils aber auch in den ganz besonderen Verhältnissen der römischen Verfassungsgeschichte, namentlich in dem Dualismus des Patricier- und Plebejerthums. Nach und nach fand sich in der römischen Verfassung das Verschiedenartigste zusammen, Reste aus der Königszeit mit Institutionen von rein republikanischem Gepräge, aristokratische und demokratische Ideen, drei verschiedene Volksversammlungen, kurz ein höchst buntscheckiges Gemisch. Es wäre für die Gesetzgebung eine äußerst schwierige Aufgabe gewesen, das Ineinandergreifen aller dieser Gewalten und ihre Competenzverhältnisse nach Art eines Uhrwerks genau zu bestimmen, und vorzüglich bei Einführung neuer Gewalten die Rückwirkung, welche die Aenderung auf das Ganze ausüben mußte, im voraus zu übersehen und zu reguliren. Abgesehen von dem mit dem Sturz des Decemvirats wieder beseitigten staatsrechtlichen System der XII Tafeln haben die Römer es nie versucht, ihre Verfassung in ihrem Gesammtzusammenhang legislativ zu formuliren. In Bezug auf die Magistratur begnügte die Gesetzgebung sich damit, sie hie und da zu beschränken (z. B. hinsichtlich der oft wiederholten Bestimmung über die Provocation an die Volksversammlung, hinsichtlich des Maßes der multa u. s. w.), bei Einführung neuer Gewalten aber that sie kaum etwas mehr, als daß sie ihnen so zu sagen das nackte Leben gab. Wie sie in das Ganze einzugreifen, wie sie sich zu ihrer Umgebung zu stellen und ihre Gewalt zum Besten des Staats zu verwenden hatten, alles das blieb ihnen selbst d. h. dem Takt ihrer Träger, der Macht der Umstände und der Praxis überlassen. Gegenüber der Fülle und Vielseitigkeit staatsrechtlicher Entwickelung in Rom schwindet daher der Stoff, den die Gesetzgebung dazu lieferte, auf ein Minimum zusammen; aus den schwächsten von ihr ge-

nährten Keimen entwickelten sich unter dem Einfluß des Lebens die mächtigsten Bildungen, so z. B. vor allen bei der Censur, wo die Römer selbst auf diesen Gesichtspunkt aufmerksam machen.[428]

Man wird mir entgegnen, daß das Gewohnheitsrecht hier wie so oft die Lücken des ungeschriebenen Rechts ergänzt habe. Mit diesem Einwande berühre ich einen Punkt, der für die richtige Einsicht in das römische Staatsrecht überhaupt, so wie die Stellung der Magistrate insbesondere von der äußersten Wichtigkeit ist, und bei dem ich der herrschenden Ansicht auf's entschiedenste entgegentreten muß. Der Fehler, den letztere begeht, besteht darin, daß sie Sitte und Herkommen (mos, mores majorum) mit Gewohnheitsrecht verwechselt. Das gewohnheitsrechtliche und gesetzliche Recht unterscheiden sich bekanntlich nur durch die Art ihrer Entstehung, ihre verbindende Kraft ist aber ganz dieselbe, eine Uebertretung enthält bei beiden eine Illegalität und bewirkt Nichtigkeit. Dem Gewohnheitsrecht geht aber ein Zustand der Unbestimmtheit voraus, den ich bereits früher geschildert und mit dem Namen der Sitte belegt habe. Dieser Zustand, der für die Normen, die sich zu eigentlichem Gewohnheitsrecht verdichten, nur als vorübergehende Entwickelungsphase vorkommt, bleibt für manche andere ein dauernder, sie kommen nie über ihn hinaus.

Dem Gewohnheitsrecht gegenüber erscheint die Sitte als etwas Unvollkommenes, noch nicht Fertiges, aber in dieser Unvollkommenheit liegt zugleich ein eigenthümlicher Vorzug derselben vor dem Gewohnheitsrecht. Für gewisse Verhältnisse ist gerade sie das allein zutreffende, da nämlich, wo zwar die Beobachtung einer gewissen Norm die Regel bilden, die Möglichkeit einer motivirten Abweichung von derselben aber offen bleiben muß. Es ist also nicht Zufall, daß gewisse Normen stets im Stadium der

428) Liv. 4, 8.. rei a parva origine ortae, quae deinde tanto incremento aucta est, ut morum disciplinaeque Romanae penes eam regimen, senatus equitumque centuriae decoris dedecorisque discrimen sub ditione ejus magistratus, publicorum jus privatorumque locorum vectigalia populi Romani sub nutu atque arbitrio essent.

Sitte verharren; sie würden ihre eigenthümliche Brauchbarkeit einbüßen, sowie sie zu eigentlichen Rechtssätzen erstarrten. Diese Bemerkung bezieht sich ebensowohl auf die Verhältnisse des öffentlichen Rechts, als auf die des Privatrechts, und gerade das Beispiel des ältern Rom (wie aus der Gegenwart das von England) ist recht geeignet, uns die Bedeutung der Sitte für das öffentliche Recht zu veranschaulichen. In dem conservativen Element des römischen Charakters lag es begründet, daß man den staatsrechtlichen Vorgängen, Präcedentien (exempla majorum) einen großen Einfluß einräumte,[429] und daß sich folglich leicht eine staatsrechtliche Praxis ausbildete. Hatte schon die Praxis für die Civilrechtspflege nicht schlechthin verbindliche Kraft (ungeachtet der Grundsatz der Gleichheit, wie oben bemerkt ward, für sie eine ganz andre Bedeutung hat, als für die Verwaltung), so konnte dies für die Verhältnisse des öffentlichen Rechts noch weniger der Fall sein. Allerdings gab es dort wie hier gewisse Einrichtungen, Regeln u. s. w., die, ohne durch Gesetz vorgeschrieben zu sein, doch von der Praxis unabänderlich zur Anwendung gebracht

429) Es ist eine gewaltige Uebertreibung, wenn in der Geschichte der Römer von Gerlach und Bachofen Bd. 1, Abth. 2, S. 208: „die Präcedentien zur einzigen Grundlage des spätern Zustandes und zur einzigen Norm seiner Beurtheilung" erhoben werden. Wäre ein solcher Zustand irgendwo denkbar, so verdiente das Volk, bei dem er sich fände, nur mit einer Schafheerde, die dem Hammel nachspringt, verglichen zu werden. Bisher möchte dies Volk nur einem Verehrer des absoluten Stillstandes in nächtlichen Visionen erschienen sein, dasselbe aber nach Rom zu versetzen, müßte Einem, der etwas von Rom gehört hat, meine ich, selbst im Schlaf nicht möglich sein. Was hieße denn jener Götzendienst mit Präcedentien anders als der sündhafteste Quietismus, die schmählichste Apathie, die blinde Unterordnung der Einsicht aller folgenden Zeiten unter das Urtheil der ersten und zugleich letzten selbst denkenden Person — des Präcedentien-Adams? Beispiele des Gegentheils s. Liv. 31, 9 toties ante ... de pecunia certa, ii primi de incerta; 31, 48, 49; 5, 16: novo exemplo; patres ... auctores fuerunt; 8, 16 petitum a consulibus, ut extra sortem Corvi ea provincia esset; ebenso 10, 24 omnes ante se sortitos; 8, 23, 26 i. f. prorogatio imperii non ante in ullo facto; 9, 30 .. quod traditum ab antiquis erat; 10, 37 novo exemplo; 37, 11; 45, 21 u. a.; s. u. Note 435 ff.

wurden, aber es würde verkehrt sein, dasselbe von allen Sätzen der Praxis anzunehmen. Wir unterscheiden vielmehr auch für das Staatsrecht das eigentliche Gewohnheitsrecht (z. B. Unfähigkeit der Frauen zur Bekleidung von Staatsämtern, Nothwendigkeit der Beachtung der Auspicien, rechtliche Unmöglichkeit einer Volksversammlung ohne Berufung von Seiten eines Magistrats u. s. w.) und die bloße staatsrechtliche Sitte und Praxis.

Die Stellung des Magistrats der Praxis gegenüber war weder eine freie noch völlig unfreie. Keine völlig freie, denn die stillschweigende Erwartung, unter der ihm seine Gewalt anvertraut war, war die, daß er, wenn keine besonderen Gründe zu einer Abweichung vorlägen, die bisherigen Bahnen innehalte. Keine völlig unfreie, denn es war seinem Ermessen überlassen, diese Bahnen aus gerechten Gründen ausnahmsweise zu verlassen.[430]) Es lag in der Weise der Römer, daß dies nur aus den dringendsten Gründen geschah; eine unmotivirte, leichtsinnige Abweichung von der bisherigen Sitte war in alter Zeit eine große Seltenheit und erregte beim Volk vielleicht kaum geringern Anstoß als eine Verletzung der Gesetze.[431])

---

430) Dies möchte ich namentlich gegen Laboulaye a. a. O. S. 73 einwenden, der im übrigen das Verhältniß treffend charakterisirt. En droit le magistrat était tout-puissant; mais la coutume l'emprisonait dans un cercle de précédents, dont il lui était comme impossible de sortir. Free by law, slave by custom: cette devise du citoyen anglais était aussi celle du magistrat romain, qui se glorifiait de son respect pour la tradition et considérait la coutume comme une des bases les plus solides de l'État.

431) So ward es z. B. von Tarquinius Superbus stets als Zeichen seiner despotischen Gesinnung angeführt, daß er die Zuziehung eines consilium bei der Fällung von Straferkenntnissen unterlassen. Mit dieser Zuziehung hatte es aber keine andere Bewandtniß als mit der des Verwandtenraths bei Ausübung der Strafgerichtsbarkeit von Seiten des Vaters. Unter denselben Gesichtspunkt fällt meiner Meinung nach auch der Vorwurf, den man ihm so wie den Decemvirn machte, daß sie sich über die Sitte, den Senat zusammenzuberufen, hinweggesetzt hätten. — Die in der ersten Auflage für

Es war nun Sache des Beamten im einzelnen Fall zu prüfen, ob es räthlicher, dem Wohl des Staats zuträglicher ſei, das Herkommen zu verlaſſen oder zu befolgen. Dies erforderte eine ſorgſame Abwägung der individuellen Verhältniſſe. Denn es konnte ihm nicht entgehen, daß das innere Gewicht der in der bisherigen Praxis befolgten Normen ein ſehr verſchiedenes war. Manche mußten ihm mehr als löblicher Brauch erſcheinen, der ſo und anders ſein konnte (wie z. B. die Reihenfolge der Abſtimmung im Senat), andere hingegen als Ausdruck politiſcher Nothwendigkeit (z. B. Befolgung der Beſchlüſſe des Senats). Es war mithin auch das Gegengewicht der Gründe verſchieden, die von der andern Seite in die Wagſchale geworfen werden mußten, um hier und dort eine Abweichung zu rechtfertigen. Begreiflich, daß hierbei die Individualität des Beamten, ſeine Aengſtlichkeit oder Entſchloſſenheit, ſeine politiſche Richtung und Anſicht vom größten Einfluß waren. Immer aber mußte er ſich ſagen, daß die Abweichung von der Sitte ein Schritt ſei, der Aufſehn mache und der Rechtfertigung bedürfe, und daß ihn, auch wenn er nach beſter Ueberzeugung gehandelt habe, Tadel und demnächſt Anklage und Strafe treffen könne. Wer von ächter Vaterlandsliebe beſeelt war, ließ ſich durch ſolche perſönliche Rückſichten allerdings nicht abhalten, aber ohne Noth, ohne entſchiedenes Uebergewicht auf der andern Seite trat auch er nicht mit der bisherigen Sitte in Widerſpruch. So war es möglich, daß manche Normen Jahrhunderte lang ausnahmslos beachtet wurden, bis eine ungewöhnliche Complication der Verhältniſſe einen entſchloſſenen Magiſtrat veranlaßte ſich hierin von der Praxis loszuſagen. Hätte letztere abſolut verbindende Kraft gehabt, ſo würde eine ſolche Handlung eine Illegalität enthalten haben, wozu der Magiſtrat ohne die Autorität des Senats ſich ſicherlich nicht entſchloſſen haben würde.

---

den im Text entwickelten Gegenſatz zwiſchen Recht und Sitte in Bezug genommene Unterſcheidung von Cic. ad fam. 1, 9, 25: necesse esse und opus esse hatte wohl eine andere Bedeutung, ſ. III. 226, Note 313.

Die Art, wie die römiſchen Schriftſteller derartiger Beiſpiele gedenken, ſo wie die Umſtände, unter denen ſie vorkamen, zeigt, daß eine ſolche Auffaſſung den Römern fremd war.

Es kommt jetzt darauf an, die bisher entwickelte Anſicht zu beweiſen. Man könnte verſucht ſein, ihr die allgemeinen Ausſprüche der Römer über die mos und mores majorum, z. B. daß die mos als Geſetz beachtet werde, entgegen zu ſetzen. Wie wenig dieſer Einwand zu bedeuten hat, möge der Umſtand zeigen, daß mos nicht bloß das Gewohnheitsrecht, ſondern auch die Sitte in unſerm obigen Sinn bezeichnet.[433]) Der einzige Weg, der zum Ziele führen kann, iſt der, daß man die römiſche ſtaatsrechtliche Praxis ſelber in's Auge faßt, und dies ſoll im folgenden wenigſtens inſoweit geſchehen, um zu zeigen, was ſich auf dieſem Wege erreichen läßt.

Es war entſchieden gegen das Herkommen, daß die Magiſtrate bei Abhaltung der Comitien zum Zweck der Wahl ihrer Nachfolger ſich ſelber ihr Amt prolongiren ließen, allein während des puniſchen Krieges ſetzte ſich ein Conſul in beſter Abſicht über dies Bedenken hinweg, und ſeine Handlungsweiſe fand allgemeine Billigung.[435]) Dem Herkommen nach konnte nur der Conſul einen Dictator ernennen; die Augurn aber verſtatteten es auch den

433) Einrichtungen ſocialer Art, Sätze der traditionellen römiſchen Moral u. ſ. w. werden ebenſowohl auf die mos geſtützt als Einrichtungen rein rechtlicher Art. Bei einer ſo bekannten Sache bedarf es kaum der Zeugniſſe; beiſpielsweiſe verweiſe ich auf Cic. de leg. 2, 24; de offic. 1, 35. 2, 19. Gellius 5, 19. Dürfte man auf das durch Servius und Macrobius uns aufbewahrte Zeugniß des Varro Gewicht legen, ſo würde gar mos nur die Sitte in unſerem Sinn, consuetudo aber die Steigerung derſelben zum eigentlichen Gewohnheitsrecht ausdrücken. Serv. ad Aeneid. 7, 601: morem esse communem consensum omnium simul habitantium, qui inveteratus consuetudinem facit. Ebenſo Arnobius adv. gent. 2, 22 fiet familiaris e more consuetudo in naturam versa. Macrob. Saturn. 3, 8, morem praecedere, sequi consuetudinem . . perseverantiam consuetudinis . . . cultus moris, quod est consuetudo.

435) Liv. 24, 9. Tempus ac necessitas belli ac discrimen summae rerum faciebant, ne quis aut in exemplum exquireret etc.

Militärtribunen.[436]) Nur der Senat sollte einen Triumph bewilligen; als er aber aus Chikane dem Postumius den verdienten Triumph verweigert hatte, decretirte dieser ihn sich selbst, und ein Theil der Tribunen unterstützte ihn.[437]) Die Tribunen machten gleich den mit imperium versehenen Magistraten das Recht geltend während der Dauer ihres Amts nicht vor Gericht gezogen zu werden, und das Herkommen hatte sich allerdings dahin gebildet; allein in einzelnen Fällen, wo ein Tribun sich in höchst verwerflicher Weise auf dies Privilegium berufen, ließen seine eigenen Collegen ihn im Stich und decretirten, daß das Herkommen hier nicht beachtet werden solle.[438]) Hinsichtlich der Abstimmung im Senat war seit altersher eine bestimmte Ordnung hergebracht, allein dies hinderte nicht, daß manche Consuln sich darüber hinwegsetzten.[439]) Ebenso nahm der Senat, wo es nöthig schien, keinen Anstand, das Herkommen zu verlassen,[440]) ja selbst der Pontifex maximus mußte sich auf Wunsch des Volkes mit widerstrebendem Herzen dazu entschließen.[441]) Eine unmotivirte Abweichung vom Herkommen, eine eigentliche Mißachtung desselben erregte in Rom die größte Mißbilligung, allein selbst bei der schärfsten Kritik ward die Anklage doch nicht auf die Rechtswidrigkeit der Handlung gestellt, wenigstens von Seiten solcher Schriftsteller, welche die Sache kannten und einen ungenauen Ausdruck vermieden.[442]) Daß andere Schriftsteller das Her-

436) Liv. 4, 31.

437) Liv. 10, 37. novo exemplo.

438) Val. Max. 6, 1, 7. 6, 5, 5.

439) Gell. 14, 7. In dem Fall, von dem Gellius spricht, geschah es per ambitionem gratiamque, allein das Recht dazu ward gleichwohl auch hier dem Consul nicht bestritten.

440) Val. Max. 2, 7. §. 15. tribuno plebis adversante, ne adversus morem majorum animadverteret. Liv. 5, 16; 24, 9; 31, 6. u. 8; 39, 3. 9.

441) Liv. 9, 46. quum more majorum negaret nisi consulem aut imperatorem posse templum dedicare.

442) z. B. Cic. in Vat. c. 14 in omni memoria omnino inauditum. Liv. 45, 21. novo maloque exemplo.

kommen und die Praxis leicht mit dem Recht verwechseln konnten, liegt auf der Hand, und es wäre daher ein Wunder, wenn sich nicht unter den Berichterstattern manche bloß hierdurch veranlaßte Differenzen über staatsrechtliche Fragen finden sollten. Wo namentlich griechische Berichterstatter, wie Polybius, Dionysius, Plutarch eine rechtliche Verpflichtung annahmen,[443]) wußte der mit der altrömischen nationalen Anschauungsweise vertrautere einheimische Schriftsteller, daß eine solche nicht existire; was dem einen als Rechtsverletzung erschien, darin fand der andere eine wenn auch anstößige, tadelnswerthe, doch aber formell legale Handlung. Ich brauche nicht zu bemerken, wie gerade diese Differenz zwischen den Berichterstattern die Richtigkeit meiner ganzen Auffassung bestätigt. An dieser Differenz, oder allgemeiner an dem Eindruck der Unbestimmtheit, Zweifelhaftigkeit u. s. w., der uns auf dem Gebiete des römischen Staatsrechts keinen Augenblick verläßt, zeigt sich deutlich, daß hier die Sitte, deren Wesen ja gerade die Unbestimmtheit ist (S. 35), ihr Spiel treibt.[444])

Es gab in Rom eine Gewalt, an der die Macht der Sitte sich wie an keinem andern Punkt bethätigte, den römischen Se-

443) z. B. hinsichtlich der Frage, ob der Consul ohne einen Senatsbeschluß Gold aus dem Aerar nehmen dürfe. Polyb. 6, c. 12. §. 5, c. 15. Zonar. 7, 13. Da unsere neueren Schriftsteller den im Text angegebenen Gesichtspunkt nicht beachtet haben, so setzt sich auch unter ihnen, wie bei dieser Frage (Rubino Untersuchungen, S. 178. Becker Handbuch der röm. Alterth. Bd. 2 Abth. 2. S. 110), so bei vielen andern die Differenz fort; alle Bemühungen, die scheinbaren Widersprüche der Quellen zu vereinigen, werden hier so lange erfolglos bleiben, bis man sich entschließt, den obigen von mir aufgestellten Gesichtspunkt zu Grunde zu legen und zu verwerthen.

444) Es wäre ein verdienstliches Unternehmen, anstatt wie bisher bei der Bearbeitung des römischen Staatsrechts sich durch den Zweck leiten zu lassen, überall bestimmte und sichere Grundsätze zu gewinnen, umgekehrt einmal die Controversen desselben zu constatiren. Es ist mir hier nicht möglich, das Material, das ich mir gesammelt, mitzutheilen, ganz abgesehen davon, daß es bei weitem nicht vollständig genug ist. Aber ich kann auf Grund desselben Jedem, der sich zu einer solchen Arbeit entschließen wird, im voraus eine sehr reiche Ausbeute in Aussicht stellen.

nat,[445]) und unsere Aufgabe bringt es mit sich, daß wir sein Verhältniß zu den Magistraten, namentlich den Consuln der Prüfung unterwerfen. Daß dem Rechte nach der Senat nur eine rein berathende Behörde war und nicht über, sondern unter den Consuln stand, darüber würde wahrscheinlich gar kein Zweifel herrschen, wenn hier nicht wiederum die Gestaltung, die dies Verhältniß in der Sitte gewonnen hatte, irre geleitet hätte. Die Formen, in die der Senat seine Beschlüsse einkleidet,[446]) sollten allein schon auf den rechten Weg weisen, und außerdem fehlt es nicht an historischen Thatsachen und Aeußerungen der Römer, die jenes Verhältniß der Senats in's klarste Licht setzen.[447]) Es begreift sich aber, daß das Gutachten und der Antrag einer Körperschaft, die aus den durch ihre soziale Stellung, politische Einsicht und Erfahrung hervorragendsten Männern bestand, für die Beamten sowohl wie für das souveräne Volk eine hohe moralische Autorität haben mußte. Ganz abgesehen davon aber genügte schon das eigene Interesse, um den Consul zu bestimmen, alle wichtigen Maßregeln mit dem Senat zu berathen und ein möglichst gutes Vernehmen mit ihm zu unterhalten, um an ihm dem Volk gegenüber

---

445) Fast alle Normen, die sich in Bezug auf den Senat entwickelt haben, fallen meiner Ansicht nach Praxis und Sitte anheim, z. B. die Verpflichtung zur Berufung des Senats, zur Einhaltung einer bestimmten Reihenfolge bei der Abstimmung, die Wirkung der senatus autoritas, daß letztere den Beamten, welcher ihr gefolgt war, gegen eine Anklage vor dem Volk sicher stellte u. s. w.

446) Senatui placere, videri, senatum existimare, arbitrari, aequum censere etc. Brisson. de voc. ac form. lib. II, c. 73—78. Daher auch der Beschluß selbst: Senatus consultum.

447) z. B. Dionys. excerpta 16, 16, wo der Consul einen Senatsbeschluß mit den Worten zurückwies: *οὐ τὴν βουλὴν ἄρχειν ἑαυτοῦ, ἕως ἐστὶν ὕπατος, ἀλλ' αὐτὸν τῆς βουλῆς*, ferner solche Scenen, wie z. B. bei Val. Max. 6, 2. 2. 9, 5. 1, 2, wo der Senat sich dem Consul gegenüber aufs Bitten legte, und letzterer ihn nicht einmal einer Antwort würdigte, oder der Consul in der Sitzung des Senats an ein Mitglied Hand anlegen ließ. S. außerdem die von Rubino Untersuchungen u. s. w. S. 145 u. 146 beigebrachten Stellen.

einen moralischen Rückhalt zu haben. Konnte er bei Maßregeln, die voraussichtlichermaßen auf Widerstand stoßen würden, sich die Zustimmung des Senats verschaffen,[448] so lenkte er nicht bloß das Gehässige derselben[448a] so wie die Gefahr einer demnächstigen Verurtheilung[449] von sich ab, sondern die Maßregel selbst fand von vornherein eine ganz andere Aufnahme, als wenn er einseitig aus eigener Machtvollkommenheit sie verhängt hätte.[450] Dazu kommt ferner, daß die Bewilligung der Provinzen, Legionen, Triumphe u. s. w. vom Senat abhing, ein ehrgeiziger Magistrat also allen Anlaß hatte, sich den Senat geneigt zu machen. So begreift es sich, daß die Senatsbeschlüsse in der Regel bei dem Consul dieselbe Beachtung fanden, wie in der Kaiserzeit die orationes principis beim Senat, und daß dem Effect nach der Senat eine der einflußreichsten staatsrechtlichen Gewalten war, ungeachtet er der Form, der abstractrechtlichen Stellung nach eine bloß berathende Stimme hatte. Man darf aber die Sache nicht so ansehen, als ob das abstractrechtliche Moment hier ein Begriff ohne alle praktische Realität gewesen, ein Moment, das bei der staats-

448) Aus demselben Grunde fühlte sich der Senat veranlaßt, Fragen, die er verfassungsmäßig allein entscheiden konnte, an das Volk zu bringen. S. z. B. Liv. 5, 36. Itaque ne penes ipsos culpa esset ..., cognitionem .. ad populum rejiciunt und 7, 20. 9, 30. Rubino a. a. O. S. 273, 274, oder wohl an den Magistrat zur eigenen Entscheidung zurück zu verweisen (rejicere ad magistratum), Liv. 9, 43.

448a) Liv. 5, 20 ipsum dictatorem fugere invidiam ex eo; eo delegasse ad senatum. 5, 22 qui ad senatum malignitatis auctores quaerendo rem arbitrii sui rejecisset.

449) Liv. 5, 29. Hier werden zwei Tribunen, die auf Veranlassung des Senats intercedirt hatten, dennoch hinterher verurtheilt, aber wie Livius sagt: pessimo exemplo, und gerade dieser Fall zeigt deutlich, welchen Schutz die Autoritas senatus gewährte. Die Consuln wurden auf's bitterste getadelt, daß sie es gelitten hätten: fide publica decipi tribunos, qui senatus auctoritatem sequuti essent.

450) Es werden Fälle erwähnt, wo der Magistrat, weil ihm diese moralische Unterstützung des Senats fehlte, seine durchaus legalen Intentionen nicht durchsetzen konnte, z. B. Liv. 8, 15.

rechtlichen Charakteristik des Senats außer Acht gelassen werden dürfe. Selbst für die Zeiten, als der Senat den Gipfel seiner Macht erreicht hatte, würde dies nicht zu billigen sein, geschweige für die früheren. Die praktische Realität jenes Moments zeigt sich darin, daß in Wirklichkeit manche Fälle vorkamen, wo die Beamten nicht bloß die wichtigsten Maßregeln ohne Zuziehung des Senats aus eigener Machtvollkommenheit vornahmen, sondern sich auch mit der erklärten Meinung des Senats in Widerspruch setzten, die Beschlüsse desselben mißachteten[451] (non esse in autoritate senatus), ohne daß eine solche Handlungsweise als illegal und nichtig, ja nur einmal schlechthin als tadelnswerth gegolten hätte. Hatte z. B. der Senat sich durch Partheileidenschaft zu seinem Beschluß verleiten lassen,[452] so warf das moralische Uebergewicht der öffentlichen Meinung sich auf Seiten des Beamten, und letzterer trug formell wie moralisch einen Sieg über den Senat davon. Abgesehen hiervon aber hatte derselbe dem Senat gegenüber einen schweren Stand, und bei einer Opposition in schlechter, dem Staat verderblicher Absicht keine Aussicht auf Erfolg.[452a] Denn wenn der Senat gleich rechtlich keine Gewalt über ihn hatte, so fehlte es ihm doch nicht an Mitteln, seinen Willen durchzusetzen. Das nächstgelegene war,[452b] daß er sich der Mitwirkung eines Magistrats versicherte, der vermöge seiner

---

451) Beispiele bei Appian. de bello civ. I, 19. Liv. 43, 2. Rubino a. a. O. S. 128. Anm. 3 u. Laboulaye S. 34. 36.

452) Wie z. B. gegen den Postumius. Anm. 437, oder den Metellus, Auct. de vir. illustr. c. 45 quum per calumniam triumphus ei a senatu negaretur, de sua sententia in Albano monte triumphavit. Liv. 7, 17.

452a) Man vergleiche z. B. den Conflict, den der Consul M. Popillius mit dem Senat hatte. Liv. 42, 8—10, 21, 22.

452b) Ein anderes s. z. B. Liv. 42, 10. Macedoniam decreturos negant, ni de M. Popillio referretur. Postulantibus deinde, ut novos exercitus scribere, ut supplementum veteribus liceret, utrumque negatum est; 7, 17 omnique ope impediebant, ne quid dictatori ad id bellum decerneretur pararetur ve.

amtlichen Stellung den Widerspenstigen zu zwingen vermochte. In diesem Verhältniß standen z. B. der Dictator und die Tribunen zu allen Beamten, der Consul zu allen andern mit Ausnahme dieser beiden. War also z. B. der Consul selbst nicht in autoritate senatus, so ward sein College beauftragt, einen Dictator zu ernennen.[453]) Führte dieser den Auftrag aus, so war die Gewalt der Consuln erloschen und damit der Widerstand gebrochen. Führte er den Auftrag nicht aus, oder machte er von Anfang an gemeinschaftliche Sache mit seinem Collegen, so konnte der Senat die Tribunen angehen und dieselben ersuchen, von ihrem Zwangsrecht gegen die Consuln Gebrauch zu machen, um letztere zu der gewünschten Maßregel oder zur Niederlegung ihres Amts (unmittelbar durch Abdication oder mittelbar durch Ernennung eines Dictators) zu zwingen.[454]) Auch sie wie der Consul selbst waren rechtlich nicht verpflichtet, den Auftrag anzunehmen, aber es ist begreiflich, daß sie gern bereit waren es zu thun. Im äußersten Fall blieb dem Senat noch das Mittel, den Beamten für einen Feind des Vaterlandes[455]) und damit seines Amtes für verlustig zu erklären. Abgesehen davon konnte aber der Senat ihn nicht seines Amts entsetzen (bekanntlich konnte dies selbst das Volk nicht) und eignete sich daher der Fall nicht zu einer äußersten Maßregel, und verweigerten die Tribunen ihre Hülfe, so blieb dem Senat nichts übrig, als auf das Ende des Amtsjahrs und auf größere Willfährigkeit der Nachfolger zu hoffen (s. z. B. Note 452[a]).

Die bisherigen Beispiele mögen genügen, um meine obige

453) Liv. 30, 24.

454) Liv. 4, 26: ut dictatorem dicere consules pro potestate vestra cogatis. Der hier erwähnten Aufforderung von Seiten des Senats hatten die Tribunen die Möglichkeit einer Ausdehnung ihrer prensio gegen die Consuln zu verdanken. Liv. 5, 9: et collegae aut facient, quod censet senatus aut si pertinacius tendent, dictatorem extemplo dicam, qui eos abire magistratu cogat. Eine solche gezwungene Niederlegung des Amts wird öfters in den Quellen erwähnt. Liv. 5, 31; 8, 3. epit. 19 u. a.

455) z. B. Appian. de bello civili I, 65.

Behauptung von der eigenthümlichen Geltung der ſtaatsrechtlichen Sitte zu erläutern und zu beweiſen. Was ich aber nicht beweiſen kann, iſt das quantitative Verhältniß der Sätze der ſtaatsrechtlichen Sitte zu denen des Staatsrechts; ein ſolcher Beweis wäre mit einer Darſtellung des geſammten römiſchen Staatsrechts gleichbedeutend. In dieſer Beziehung muß ich mich alſo auf das bloße Behaupten beſchränken, im übrigen aber auf das Urtheil ſachkundiger Richter provociren. Meine Behauptung aber geht dahin, daß der bei weitem größte Theil derjenigen Normen, die im öffentlichen Leben der Römer zur Anwendung kamen, nicht Staatsrecht, ſondern Staatsſitte geweſen. Dieſer Zuſtand machte es möglich dem wechſelnden Bedürfniß der Zeiten gerecht zu werden, ohne ſtets erſt die Geſetzgebung zu Hülfe zu rufen, ſo wie er es andererſeits dem Hiſtoriker freilich unendlich erſchwert der Bewegung zu folgen, jenes faſt ununterbrochene Wachſen und Abnehmen, Ausdehnen und Zuſammenziehen der verſchiedenen Gewalten, jenes Wogen, Schieben und Stoßen der verſchiedenen Elemente zu ſchildern. Dieſe Biegſamkeit der Sitte, dieſe rechtliche Möglichkeit, publiciſtiſche Normen und Maximen in Fällen, wo ihre Anwendung dem wahren Wohl des Staats widerſtrebt haben würde, ausnahmsweiſe zur Seite ſchieben — ſie überhob die Römer jener traurigen Nothwendigkeit, in die wir heutzutage uns ſo oft verſetzt ſehen, nämlich bei einem Conflict zwiſchen den beſtehenden Geſetzen und der Noth des Augenblicks dem Bedürfniß des individuellen Falls zu Liebe entweder das Geſetz zu ändern oder zu übertreten oder aber das ganze Bedürfniß dem Geſetz zu opfern. Wenn es uns bei der Schilderung der privatrechtlichen Verhältniſſe vorzugsweiſe darum zu thun war zu zeigen, wie die Sitte beſchränkend auf die abſtracte Freiheit einwirkte, ſo kam es uns bei dem vorliegenden Gegenſtand umgekehrt darauf an, nachzuweiſen, wie die Sitte trotz ihres beſchränkenden Einfluſſes immerhin der Freiheit noch einen großen Spielraum ließ. Bei jenen Verhältniſſen hat man den Einfluß der Sitte ebenſoſehr zu gering wie bei dieſen zu hoch angeſchlagen. Der Grund dieſer Ver-

ſchiedenheit liegt in der Beſchaffenheit unſerer Quellen, nämlich in der Dürftigkeit derſelben rückſichtlich des rein privatrechtlichen, der Reichhaltigkeit derſelben rückſichtlich des öffentlichen Lebens. Die Juriſten, die das Privatrecht behandelten, ſchloſſen das Element der Sitte mit vollem Recht von der Betrachtung aus. Wer aber das römiſche Staatsrecht darzuſtellen hatte, konnte ſich nicht in gleicher Weiſe auf den abſtract-rechtlichen Geſichtspunkt beſchränken, ſondern mußte das geſammte öffentliche Leben zum Gegenſtand der Darſtellung machen.

Kurz das Staatsrecht war *Geſchichte* und *Statiſtik*, das Privatrecht eine abſtracte *Theorie*. Für jenes beſteht die Aufgabe darin, über der Sitte nicht das abſtracte Recht, für dieſes, über dem abſtracten Recht nicht die Sitte zu überſehen.

Wir haben jetzt die einzelnen objectiven Momente, die zur Charakteriſtik der Magiſtratur nöthig ſind, kennen lernen: die abſtract-rechtliche Freiheit auf der einen, das Maß und die Art ihrer Gebundenheit auf der andern Seite. Aber ein weſentliches Moment zu dieſer Charakteriſtik fehlt uns noch, es iſt das rein ſubjective der Perſönlichkeit des Beamten.

Die meiſten Gewaltverhältniſſe des öffentlichen Rechts laſſen ſich ganz wie die des Privatrechts (S. 140) als weite, elaſtiſche Formen bezeichnen, die der Perſon die freieſte Regung verſtatten und erſt mit und an der Perſönlichkeit ihres Trägers ihren eigentlichen Inhalt bekommen. Sie ſind alſo das gerade Gegentheil von dem, was man in neuerer Zeit ſo gern aus ihnen hat machen wollen, Mechanismen, die von der Perſönlichkeit des Subjects möglichſt unabhängig ſein, bei aller Verſchiedenheit derſelben doch die möglichſt gleichen Reſultate hervorbringen ſollen, enge, feſte, ſtarre Formen und Gehäuſe, die *ſich* nicht der Perſönlichkeit, ſondern denen *ſie* ſich accommodiren ſoll. Jene römiſchen Gewaltverhältniſſe aber, wie ſie den entſcheidenden Accent auf die Perſönlichkeit werfen, von dem freien Schwunge derſelben alles hoffen und erwarten, ſind eben darum in ihren Reſultaten, ja in ihrem jeweiligen Machtgehalt weſentlich von der Perſon abhängig.

Sie richten sich nach der Größe ihres Trägers; weit oder elastisch genug, um auch dem mächtigsten Charakter die nöthige Ausdehnung zu verstatten, schrumpfen sie zusammen, wie das Kleid in der Sage, am Körper des Kleinen. Dem abstracten Recht nach hätte die Macht einer und derselben Magistratur dieselbe sein müssen, wer sie auch bekleidete, allein in Wirklichkeit richtete sich das Maß dieser Macht wesentlich nach der moralischen Kraft ihres Trägers. Ein schwacher, ängstlicher, zaghafter Charakter in den Besitz dieser Gewalt versetzt wagte es nicht, sie in ihrer ganzen Wucht geltend zu machen, und konnte es auch nicht, denn um dies zu können, bedurfte es eines entschlossenen Muthes und eines festen Armes. Bei einem solchen Träger verliert die Magistratur an Kraft, sie fügt sich, wo sie es nicht nöthig hätte, [457]) vermeidet den Streit, und wo sie ihn dennoch aufnimmt, unterliegt sie. Aber wenn dann einmal wieder ein ganzer Mann, ein eiserner Charakter, ein wahrer Herrscher an dessen Stelle tritt, wie schwillt das Amt an, zu welcher Würde, Gewaltigkeit und Majestät! Rechte, welche seine Vorgänger seit Jahrhunderten nicht mehr gewagt haben zu benutzen, werden der Vergessenheit entrissen, [458]) neue An-

457) So z. B. bei Liv. 3, 26 die Consuln rücksichtlich des von den Tribunen in Anspruch genommenen jus prensionis; wenn damals andere Männer dies Amt bekleidet hätten, sie würden die tribunitische Anmaßung gewiß verdientermaßen zurückgewiesen haben. — Wie verschieden benutzten manche Consuln die ihnen vom Volk oder Senat ertheilte Autorisation zum Abschluß eines Friedens! Einige schlossen ohne Vorbehalt und ohne vorherige Anzeige an den Senat nach eigenem Gutdünken den Vertrag ab (Beispiele bei Rubino a. a. O. S. 267, 268), andere wagten von ihrer Vollmacht keinen Gebrauch zu machen, sondern behielten dem Volk die schließliche Entscheidung vor. Liv. 30, 43. 44.

458) Ein höchst interessantes Beispiel gewährt hier Liv. 27, 8. Der flamen Dialis hatte von altersher Sitz und Stimme im Senat, allein mehrere Menschenalter hindurch war dies Recht »ob indignitatem priorum flaminum« nicht zur Ausübung gekommen, bis einmal eine geachtete und entschlossene Persönlichkeit diesen Posten bekleidete und es wagte, von jenem Recht Gebrauch zu machen und den Widerspruch, der anfänglich entgegengesetzt ward, besiegte. Mit diesem Einen zurückeroberten Rechte hatte das

sprüche, oder solche, die bisher ohne Erfolg erhoben waren, geltend gemacht und durchgesetzt, der Glanz des Amts wiederhergestellt und erhöht, kurz das Amt nimmt einen mächtigen Aufschwung, und noch viele Jahre nachher zehren die Nachfolger von dem Gewinn dieses einen Amtsjahres. Man erinnere sich z. B. der Censur. Was war sie bei ihrer Einführung, was ein Jahrhundert später! Und wodurch? Nicht durch Unterstützung und Beihülfe von Seiten der Gesetzgebung, sondern Alles durch die Macht der Persönlichkeit. Mit jedem großen Charakter, den man mit diesem anfänglich so unbedeutenden Amt bekleidet hatte, dehnte und weitete sich dasselbe, jeder ächte Censor war „Mehrer des Reichs", ein Stück Censur. Kein Gesetz hätte ein solches Institut schaffen können, so wenig, wie es dasselbe zu halten vermochte, als die alten Censoren ausstarben. Das innere Mark des Instituts, in dem seine Kraft und Stärke ruhte, und ohne das es nichts war, kam durch die Censoren selbst hinein, war das Resultat der Unerschrockenheit und Strenge, des sittlichen Ernstes und der eigenen sittlichen Würdigkeit, durch die sie dem Volk imponirt hatten. Wenn wir heutzutage zu sagen pflegen: das Amt macht den Mann, so können wir für die römische Welt den Satz dahin umdrehen: der Mann machte das Amt. [459])

Ich habe oben gesagt, daß die Amtsgewalt sich wesentlich nach der moralischen Kraft ihres Trägers richtete. Am auffallendsten

---

Amt selbst unendlich viel gewonnen. Daß aber lediglich die Persönlichkeit des damaligen flamen den Ausschlag gegeben habe (magis sanctitate vitae, quam sacerdotii jure rem obtinuisse), darüber war, wie Livius berichtet, nur eine Stimme. S. ferner das Beispiel vom Scipio Liv. 38, i. f., von Cäsar Sueton. Caesar 20.

459) Liv. 4, 8 legt den Patriciern bei Einführung der Censur diese Erwägung unter: futurum ... ut mox opes eorum, qui praeessent, ipsi honori jus majestatemque adjicerent. Ein solcher Mann war Cato, und die Rücksicht auf seine Persönlichkeit verschaffte ihm über alle seine einflußreichen Mitbewerber den Sieg (Liv. 39, 40. 41), und er entsprach den Erwartungen (ibid. c. 44). Mitunter artete die Kraft auch wohl in Trotz aus, so z. B. bei Appius Claudius Liv. 9, 33. 34.

zeigt sich dies an dem Verhältniß der verschiedenen Staatsgewalten zu einander. Es wird aus dem bisherigen klar geworden sein, daß dasselbe ein außerordentlich fruchtbarer Boden für Conflicte der mannigfaltigsten Art sein mußte. Denn die Machtgebiete der einzelnen aus so heterogenen politischen Elementen gebildeten Gewalten durchkreuzten sich in seltsamer Weise, die Gränzen waren vielfach sehr unbestimmt, und selbst der Besitzstand, soweit er sich auf stillschweigende Convention und Herkommen stützte, schloß nicht die Möglichkeit einer Erweiterung der Macht auf Kosten anderer Gewalten aus. Dazu kam, daß das Intercessionsrecht die Befugniß gewährte selbst in das zweifellose Gebiet einer andern Macht hinüber zu greifen. Es begreift sich, daß bei einer solchen Versuchung zu Conflicten[460]) unendlich viel darauf ankam, welche Charaktere sich einander gegenüberstanden, und daß je nach Verschiedenheit derselben der Ausgang des Conflicts selbst ein verschiedener war. Einer imponirenden Persönlichkeit verstattete man, was man einer andern nie eingeräumt hätte, und Maßregeln, die man gegen letztere unbedenklich ergriff, wagte man gegen erstere nicht in Anwendung zu bringen. So z. B. ward einst von zwei Censoren wegen einer und derselben Amtshandlung der eine in Anklagezustand versetzt, an dem andern, der durch seine Stellung und Persönlichkeit imponirte, wagte man sich nicht zu vergreifen, und nur dem ent-

460) Uebrigens verdient hier die treffende Bemerkung von Laboulaye a. a. O. S. 75 beherzigt zu werden: Ces pouvoirs indépendants, sagt er, les consuls, les tribuns, le sénat, s'entendaient comme aujourd'hui les chambres et le pouvoir exécutif; les consuls essayaient de se maintenir constamment *in auctoritate senatus*, et le sénat, de son côté, s'efforçait de conserver la bonne intelligence entre les tribuns et les consuls. On était tout-puissant par l'union, mais chacun était sans force dès que l'accord n'existait plus. Il fallait donc à tout prix conserver cette harmonie, et c'est ce qui explique, comment tout se faisait par une suite des transactions, de concessions mutuelles, de tempéraments perpétuels.

schlossenen Auftreten desselben hatte jener es zu verdanken, daß er freigesprochen ward.[461]) So bestimmte sich namentlich auch der Erfolg der Drohung, durch die der eine Magistrat den andern einzuschüchtern versuchte, ganz nach dem Verhältniß der sich gegenüberstehenden moralischen Kraft. Während sie in diesem Fall machtlos war und verlacht ward, erreichte sie dort ihren Zweck.[462]) Bald zwingt mittelst ihrer ein Tribun den Consul, bald wieder ein Consul den Tribun und den eigenen Collegen zum Nachgeben;[463]) bald wird der Drohung von der einen eine Drohung von der andern Seite entgegengesetzt. So sucht ein Dictator die Plebs von ihren Vorsätzen abzuschrecken, indem er ankündigt, daß er eine Aushebung veranstalten und die unruhige Mannschaft aus der Stadt führen werde, und die Tribunen ihrerseits antworten ihm darauf mit einem Plebiscit, wodurch ihm für diesen Fall eine Strafe von einer halben Million auferlegt wird.[464]) Bald wieder wagt der Beamte nicht aus seiner Drohung Ernst zu machen und läßt geschehen, was er verhindern wollte, bald weicht er keinen Schritt zurück und setzt seinen Zweck durch.[465]) Die Censoren hatten bekanntlich das Recht, die Liste des Senats anzufertigen, und es behielt bei ihrer Redaction sein Bewenden. Als diese Liste aber einst nach Gunst und Willkür entworfen war, erklärten die Consuln, daß sie sich nicht daran

461) Auct. de vir. illust. c. 57: ob quod a populo collega ejus Claudius (nam ipsum autoritas tuebatur) reus factus et quum eum duae classes condemnassent, Tiberius juravit, se cum illo in exsilium iturum; ita reus absolutus est.

462) Man vergleiche z. B. Liv. 4, 26 mit 5, 9; 7, 3 i. f.

463) S. z. B. Florus epit. 2, 2. §. 17. Liv. 2, 56. 4, 26. 38, 54: Cato tribunos auctoritate deterruit, ähnlich der pontifex maximus bei Liv. epit. 19; ibid. 37, 19: Et in senatu et ad populum magnis contentionibus certatum est et imperia inhibitá ultro citroque et pignora capta et multae dictae et tribuni appellati et provocatum ad populum est. Religio ad postremum vicit, ut dicto audiens esset flamen pontifici.

464) Liv. 6, 38.

465) Man vergleiche z. B. Liv. 8, 15 mit Vellej. Paterc. 2, 92 und Gell. 6, 9.

binden würden, und griffen zu einer frühern zurück.[466]) Als einst ein Prätor, während er sein Amt verwaltete, sich nicht erhob, indem der Consul Aemilius Scaurus, ein Mann von gewaltigem Charakter, vorüberging, ließ dieser ihm nicht allein das Kleid am Leibe zerreißen und seinen Sessel zerschlagen, sondern er erließ ein Edict, daß Niemand fortan bei demselben Recht suchen solle, das heißt also im Grunde: er nahm ihm das Amt, welches das Volk ihm gegeben hatte.[467]) In den beiden letzten Fällen war die formelle Berechtigung zu einer solchen Maßregel wohl mehr als zweifelhaft.

Ich will die Beispiele nicht mehr häufen, um so weniger da schon unsere frühere Darstellung Gelegenheit hatte, an zwei wichtigen Punkten, dem Herkommen und dem Verhältniß des Magistrats zu dem Senat, die Bedeutung des persönlichen Moments für die Magistratur hervorzuheben. Wir haben damit unser Ziel erreicht und den Gedanken der Macht und Freiheit als den psychologisch nothwendigen und sittlich berechtigten Ausdruck des Persönlichkeitsgefühls nicht minder im öffentlichen als im Privatrecht verwirklicht gefunden. Wenn ich den Leser durch den langen Weg, den ich ihn führen mußte, ermüdet habe, so möge mich zweierlei entschuldigen. Einmal, daß jener Gedanke sich als innerster Kern des ganzen römischen Rechtsgefühls bezeichnen läßt, daß er, möge man auf die Verfassung des Hauses oder auf die des Staats sehen, eine Beachtung verlangt wie kein anderer, ja daß alles Andere nur seinetwegen da ist, um ihn zu schützen und zu verwirklichen. Sodann aber, daß es zugleich meine Absicht war, in dem Bilde, das ich hier entworfen, einer Zeit wie der unsrigen, die in Wissenschaft und Leben das Recht und die Macht der Persönlichkeit nicht selten so gründlich mißachtet hat, einen Spiegel vorzuhalten, aus dem sie erkennen kann, wie sie ist, und was ihr fehlt. Daß ich nicht

466) Liv. 9, 30.

467) Auct. de vir. illustr. c. 72.

der Ansicht bin, als könnte und sollte sie das altrömische System copiren, daß ich vielmehr sehr wohl weiß, wie sehr letzteres in seiner ganzen Eigenthümlichkeit an das alte Rom mit seinen Menschen und Zuständen geknüpft war, — dies zu zeigen, wird mir die Schlußbetrachtung des folgenden Paragraphen eine passendere Gelegenheit geben.

C. Historische Bedeutung des Systems der Freiheit.

Die Abstraction des Freiheitsbegriffs in ihrer Bedeutung für das Privatrecht — Die Selbständigkeit der Abstraction gegenüber dem Leben — Die Productivität der autonomischen Bewegung des Verkehrs — Die natürlich-sittlichen Beziehungen des Systems zur römischen Welt.

XXXVI. Wir sind jetzt auf dem Punkt angelangt, um das System der Freiheit in seiner Totalität überschauen und beurtheilen zu können. Indem ich es dem Leser glaube überlassen zu dürfen, sich die Züge, welche die bisherige Darstellung geliefert hat, zu einem Gesammtbilde zu vereinigen, benutze ich den gewonnenen Standpunkt, um unser System als eine einzelne historische Erscheinung in seinen höhern Zusammenhang einzureihen und die historische Bedeutung zu bestimmen, die es von diesem Standpunkt aus in Anspruch nehmen kann.

Bei der Auffassung des Systems der Freiheit haben wir uns, wie bereits früher bemerkt, gleichmäßig vor zwei Einseitigkeiten zu hüten, nämlich einmal über dem abstracten Recht nicht die Sitte und die reale Wirklichkeit des Lebens und sodann über letzterer nicht das abstracte Recht außer Acht zu lassen. Es ist nicht minder unerläßlich, die rechtliche Freiheit in der ganzen Schärfe des abstracten Begriffs zur Anschauung zu bringen, zunächst also von allen sittlichen Bezügen, Einflüssen und Banden, durch die sie mit dem Leben verknüpft war, zu abstrahiren als andererseits, hinterher diesen thatsächlichen Gewalten die vollste

Beachtung zu Theil werden zu laſſen. Beide Geſichtspunkte und Aufgaben aber ſoll man auf's ſchärfſte aus einander halten, und gerade dies iſt ein Punkt, wo wir nicht genug von den Römern lernen können, denn dieſe Scheidung iſt eins ihrer unſterblichſten Verdienſte, der erſte und weſentlichſte Schritt zur Begründung des Privatrechts. Zu dieſem Zweck war es erforderlich, daß ſie ſich bei der abſtract-rechtlichen Formulirung des Freiheitsbegriffs durch die ſittlich-natürliche Lebensanſchauung, von der ſie durchdrungen war, durch die äußere Erſcheinung der Freiheit im Leben, durch die tauſenderlei Einflüſſe und Beſchränkungen, denen letztere hier ausgeſetzt war, in keiner Weiſe beirren ließen.

Ich habe mich früher (S. 139—141) ſchon dahin ausgeſprochen, daß die Römer hier das abſolut Richtige getroffen haben, denn die einſeitige Geltendmachung und Durchführung des Geſichtspunktes der Macht und Herrſchaft, die Betrachtung des geſammten Privatrechts und aller ſeiner Verhältniſſe unter dieſem einen Geſichtspunkt iſt eben das abſolut Richtige. Juriſtiſch dieſe Verhältniſſe zu betrachten heißt nichts anderes als den abſtract-rechtlichen Machtgehalt derſelben ausſcheiden und zur Darſtellung bringen. Jedes Recht iſt ein Stück concret gewordener und beſtimmt geſtalteter Willensmacht; nur *diejenigen* Verhältniſſe ſind juriſtiſche, und nur *ſo weit* ſind ſie es, als in ihnen dieſer Beſtandtheil ſich findet; was ſie ſonſt noch enthalten an andern Stoffen, an ſittlichen, politiſchen, ökonomiſchen Ideen u. ſ. w., ſoll von dem Juriſten zwar ſo wenig überſehen oder geringgeſchätzt werden, daß er ſich im Gegentheil damit des wirkſamſten Mittels zu ihrem wahren Verſtändniß berauben würde, allein bei der Abſtraction der Rechtsbegriffe ſoll er von alle dem abſehen. Darin haben die Römer der Juriſprudenz aller Zeiten das muſtergültige Vorbild gegeben. War es angeborne Virtuoſität der juriſtiſchen Abſtraction, was ſie dazu in Stand ſetzte? Ich erblicke den Grund lediglich in der Eiferſucht und Energie des römiſchen Freiheitsgefühls, das Privatrecht war dem alten Römer

der Codex, die Magna Charta seiner persönlichen Freiheit. Ich meine nicht, als ob es nicht höhere Gedanken und Endzwecke gebe als diesen römischen — aber was die Römer bei Verfolgung desselben gefunden, das darf und soll der Welt zu gute kommen. Mögen andere Völker eine poetischere Lebensanschauung besessen haben als die Römer, andere wiederum sich eines höheren ethischen Schwunges rühmen dürfen — die römische Welt, so prosaisch sie immerhin sein mag, lag gerade auf der rechten Höhe, um von ihr aus eine Entdeckung zu machen, die man von einem wirklich oder vermeintlich höheren Punkte aus nicht gemacht haben würde — die Entdeckung des Privatrechts. Diese Errungenschaft kann und soll jedes Volk sich zu Nutze machen. Nur mißverstehe man mich nicht. Es ist neuerdings die Behauptung aufgestellt, das römische Recht sei das absolute Recht.[468]) Das ist eine arge Uebertreibung. In dem römischen Recht sowohl der gegenwärtigen wie der folgenden Periode steckt viel national Römisches, das auf allgemeine Geltung durchaus keinen Anspruch hat, es ist die vergängliche historische Form, die selbst Gedanken von ewig dauernder Wahrheit bei ihrem ersten Auftreten nicht erspart bleibt. Sache der Nachwelt ist es, das Vergängliche und Zufällige von dem Dauernden und ewig Wahren zu scheiden. Der absolut richtige Gedanke, der im römischen Recht zur Gestaltung gebracht worden ist, ist der: alle privatrechtlichen Verhältnisse sind Machtverhältnisse, Willensmacht ist das Prisma der privatrechtlichen Auffassung, und die ganze Theorie des Privatrechts hat nur die Aufgabe, das Freiheits- und Machtelement in den Lebensverhältnissen aufzudecken und zu bestimmen. Das Römische und Vergängliche aber ist das Maß, die Ausdehnung und die Form, in der dieser Gedanke der Macht innerhalb der einzelnen Institute zur Geltung gelangt.

Die erste Hälfte dieser Behauptung ist weit entfernt sich der

468) G. Lenz über die geschichtliche Entstehungsweise des Rechts. Greifswald u. Leipzig 1854.

allgemeinen Zuſtimmung zu erfreuen. Es gereicht unſerem wiſſenſchaftlichen Bewußtſein gerade nicht zur Ehre, daß eine Wahrheit, die der einfache geſunde Menſchenverſtand in Rom längſt entdeckt hatte, von Manchen nicht bloß aus den Augen verloren, ſondern geradezu als Irrthum und als ein Mangel des römiſchen Rechts bezeichnet werden konnte. Man hat letzterem nämlich den Vorwurf gemacht, daß es bei der Conſtruction ſeiner Rechtsverhältniſſe das ſittliche Moment ganz außer Acht gelaſſen habe, und nennt es Romaniſiren, wenn man bei den deutſch-rechtlichen Verhältniſſen dieſelbe Methode befolgt. Ein ſolcher Tadel bezweckt geradezu die Negation jeder Jurisprudenz, denn das Weſen der letzteren beſteht eben darin, daß ſie von allem Nicht-juriſtiſchen in den Verhältniſſen abſtrahirt, nicht-juriſtiſch aber iſt alles, was auf den Geſichtspunkt der Macht nicht reagirt.

Daß ganz verſchiedenartige Ideen und Rückſichten bei der legislativen Geſtaltung eines Herrſchaftsverhältniſſes mitwirken können z. B. die Rückſicht auf das öffentliche Wohl, die Sittlichkeit u. ſ. w., wird Niemand läugnen, aber juriſtiſch geſprochen beſteht dieſer Einfluß nicht darin, daß ſie in das Innere des Verhältniſſes eine fremdartige Subſtanz brächten, den Inhalt deſſelben *qualitativ* zu etwas Anderem machten als zur Willensmacht, ſondern daß ſie ſo zu ſagen *von außen* gegen die Wände des Rechtsverhältniſſes drücken und dadurch den Machtgehalt deſſelben beſchränken, die Herrſchaft mehr oder weniger comprimiren. Wie ſehr immerhin die ſittliche Auffaſſung eines und deſſelben Inſtituts zu verſchiedenen Zeiten variirt, wie ſehr dieſe Verſchiedenheit in der rechtlichen Geſtaltung des Inſtituts ſich verwirklicht haben mag — vom juriſtiſchen Standpunkte aus dürfen wir dieſer Thatſache keinen andern Ausdruck geben, als den der *Verſchiedenheit des Machtgehalts des Inſtituts*. Die Unterſchiede alſo z. B. zwiſchen der Vormundſchaft, dem Verhältniß des Vaters zu den Kindern, des Mannes zur Frau u. ſ. w. im ältern römiſchen und heutigen Recht reduciren ſich, wenn man ſie juriſtiſch bezeichnen will, auf eine quantitative Differenz in dem

Machtgehalt jener Verhältnisse und die Begründung einer gegenüberstehenden Macht (des Mündels, Kindes, der Frau); es heißt wie ein Laie sprechen, wenn man sagt, daß jene Verhältnisse nicht mehr Gewaltverhältnisse seien, der nüchterne Gedanke der Macht hier vielmehr irgend einem edlern das Feld geräumt oder sich mit ihm zu irgend einem höhern, den Römern unbekannten verbunden habe.

Man lasse sich dadurch nicht täuschen, daß der Zweck des Verhältnisses nicht immer auf den eigenen Nutzen des Berechtigten gerichtet ist. Der Beamte hat seine Macht nicht seinetwegen, sondern im Interesse des Staats, aber wer würde ihm darum die Macht, soweit sie reicht, absprechen? Der altrömische Vormund sollte das Beste seines Mündels wahrnehmen, und es war dafür gesorgt, daß er es mußte (postulatio suspecti tutoris, actio rationibus distrahendis, Infamie[469]), trotzdem aber ward die Tutel als jus ac potestas in capite libero definirt. So mag also auch das heutige Recht dem Vater eine Gewalt über die Kinder nur im Interesse ihrer Erziehung anvertrauen und durch Veranstaltungen verschiedener Art dafür sorgen, daß er sie nur in diesem Sinne benutze; dadurch ist seine Gewalt allerdings im Vergleich zu der römischen patria potestas wesentlich beschränkt, allein gleichwohl läßt doch auch sie sich nicht anders definiren denn als eine Macht, die sich so und so weit erstreckt, diesen und jenen Beschränkungen ausgesetzt ist u. s. w. Mit dieser Macht verträgt sich sehr wohl die Annahme einer gleichzeitigen Pflicht. Der Beamte, der Vormund haben eine Macht, aber sie sind verpflichtet, dieselbe im Interesse des Staats, des Mündels zu gebrauchen — wer wird heutzutage daran Anstoß nehmen?

An diesem Punkt scheidet sich nun die altrömische Auffassung von unserer heutigen, denn erstere vermag diese beiden Begriffe: Macht und Pflicht in derselben Person nicht zusammen zu reimen.

---

469) Die act. tutelae gehört erst dem späteren Recht an, wie an einer andern Stelle gezeigt werden soll.

Alle drei oben genannten Machtträger: der Magiſtrat, der Vormund, der Vater ſind nach altem Recht bloß *berechtigt*, keiner von ihnen zugleich verpflichtet. Allerdings wird den beiden erſten die Macht nur in dem Sinne und in der Abſicht gewährt, daß ſie ſich derſelben nicht ihretwegen, ſondern zum wahren Beſten des Staats und des Mündels bedienen ſollen, und wenn ſie das Amt niedergelegt haben, müſſen ſie Rechenſchaft ablegen und im Fall der Pflichtverletzung ſtrenge Strafe gewärtigen; der Gedanke der Pflicht iſt alſo dem Verhältniß ſo wenig fremd, daß er umgekehrt den unſichtbaren Regulator deſſelben bildet. Aber eben dieſer Umſtand, daß er der *unſichtbare* Regulator iſt, daß er in der Structur des beſtehenden Verhältniſſes nicht zum Ausdruck gelangen kann, ſondern abwarten muß, bis daſſelbe beendet iſt, um hinterher ſeine Befriedigung zu finden, gerade dieſer Umſtand ſetzt den wahren Sachverhalt erſt in's rechte Licht, daß es nämlich nicht der Gedanke der Pflicht an ſich iſt, den die Römer zurückweiſen, ſondern die gleichzeitige Vereinigung deſſelben mit dem Gedanken der Macht. Und fragen wir dann weiter, worin dieſe Unverträglichkeit beider Begriffe für den römiſchen Geiſt ſeinen Grund hatte, ſo weiß ich keine andere Antwort als die Einſeitigkeit, Maßloſigkeit, mit der derſelbe den Gedanken der Macht von altersher erfaßt hatte. Habe ich einmal die Macht, ſo bin ich innerhalb meiner Machtſphäre keinem andern unterthan, und unterthan wäre ich ihm ja, wenn ich ihm verpflichtet wäre, denn dann hätte er rechtliche Macht über mich, könnte gegen mich klagen, mich zwingen. Die Maßloſigkeit des Machtgefühls iſt das ſpecifiſch römiſche, vergängliche Moment des altrömiſchen Privatrechts, — eine Uebertreibung, welche nicht erſt auf fremdem Grund und Boden als ſolche erkannt und abgethan worden iſt, ſondern gegen welche bereits auf heimiſcher Erde in der letzten Zeit der Republik die Reaction eintritt.

Wenn wir den Gedanken der Macht als das eigentliche privatrechtliche Prinzip haben kennen lernen, ſo dürfen wir das ältere Recht den Triumph der abſtracten Privatrechts-Idee nennen.

Jener Gedanke hat sich hier einmal in seiner ganzen Einseitigkeit und Ungebundenheit versuchen, sich selbst von Seiten seiner praktischen Möglichkeit auf die Probe stellen wollen. Daß jener Versuch gelang, hatte in Voraussetzungen seinen Grund, die sich in Rom fanden, aber nicht überall wiederholen. Beides, diese Voraussetzungen wie die praktische Möglichkeit einer so excessiven Verfolgung der Macht, ist später hinweggefallen — es war das spezifisch Römische, das der Zeit Angehörige, das mit der Zeit absterben konnte und mußte, ohne daß damit auch das dadurch gewonnene Resultat der Nachwelt verloren zu gehen brauchte. Wo ein bedeutungsvoller Gedanke entdeckt und zur praktischen Existenz und Herrschaft gebracht werden soll, bedarf es der Einseitigkeit und Schroffheit, der spätern Zeit bleibt es vorbehalten und fällt es nicht schwer, die Uebertreibung auf das rechte Maß zurückzuführen.

Schlagen wir das Verdienst dieser Leistung nicht zu gering an. Es kam nicht bloß auf das einmalige Finden an, sondern auf ein fortgesetztes Pflegen des Gefundenen. Das Leben ist den juristischen Abstractionen keineswegs günstig. Ist die juristische Auffassung nicht stets auf ihrer Hut, so kommt sie leicht in Gefahr, die Wirklichkeit und Sitte mit dem Recht zu verwechseln, wie es die vulgäre Auffassung thut. Die strenge Unterscheidung zwischen Sitte und Recht ist einer der besten Prüfsteine für die Selbständigkeit der juristischen Betrachtung, denn sie setzt eine unablässige Thätigkeit und Anspannung des Abstractionsvermögens, die geistige Emancipation von der äußern Erscheinung voraus. Wo dieser Unterschied scharf erfaßt und praktisch gehandhabt wird, wie im römischen Recht, ist die Bildung des Gewohnheitsrechts sehr erschwert; wo es nicht der Fall, im Halbdunkel zwischen Recht und Sitte, findet umgekehrt das Gewohnheitsrecht ein ungehindertes, üppiges Gedeihen.

Wir haben früher öfters Gelegenheit gehabt, auf die Differenz der abstracten Freiheitsformen und ihrer juristischen Auffassung auf der einen und ihrer realen Erscheinung und natürlich-

ſittlichen Auffaſſung im Leben auf der andern Seite aufmerkſam zu machen. Verlegen wir nun, wie meiner Meinung nach gar nicht anders möglich iſt, unſer abſtractes Freiheitsſyſtem in den Anfang der römiſchen Rechtsgeſchichte, ſo haben wir die frappante Erſcheinung, daß daſſelbe viele Jahrhunderte lang im weſentlichen unverändert aufrecht erhalten worden iſt, ungeachtet — und dies iſt das Entſcheidende — die Geſtalt, die es in der Sitte an ſich trug, eine ſo völlig abweichende war. Wie auch im Leben die verſchiedenen Gewalten des öffentlichen und Privatrechts ſich praktiſch geſtalteten, welche Bahnen ſie inne zu halten pflegten und factiſch innehalten *mußten*: die abſtracte Auffaſſung erblickte darin nur etwas *Factiſches*. — Zwiſchen dem abſtracten Recht und dem thatſächlichen Leben, zwiſchen der abſtract-rechtlichen und natürlich-ſittlichen Auffaſſung eine ungeheure Kluft!

In unſerer deutſchen Rechtsentwickelung iſt der Uebergang des Thatſächlichen zum Rechtlichen ein ſehr leichter geweſen; die Sitte, vom Recht wenig unterſchieden, ward unvermerkt zum Recht. In Rom hingegen blieb die Sitte, mochte ſie auch Jahrhunderte lang beſtanden haben, darum doch, was ſie war: bloße Sitte. Die Beſchränkungen, die ſie auferlegte und praktiſch durchſetzte, die Geſtalt, die ſie den reinen Rechtsinſtituten gab, die poſitiven Inſtitute, die ſie ſelbſt hervorgebracht hatte — alles das waren Thatſachen, die jeder kannte und reſpectirte, denen man aber trotz alle dem eine *rechtliche* Bedeutung fortwährend verſagte. So konnte denn der abſtract-rechtliche Zuſchnitt der Gewaltverhältniſſe Jahrhunderte lang in ſeiner Urſprünglichkeit und begrifflichen Reinheit unverändert erhalten werden. Was auch das Leben aus ihnen machte, wie auch ihr praktiſches Verhalten und die ſittlichen und politiſchen Ideen, ſo wie die thatſächlichen Gewalten, die ſie in dieſem Verhalten beſtimmten, wechſeln mochten — der abſtracte Begriff blieb, ſoweit nicht das Geſetz eine Aenderung traf, über allem Wechſel erhaben, immer derſelbe. Für das Leben hatte dieſe ſtarre Unveränderlichkeit des abſtracten Rechts keinen Nachtheil, da einerſeits die abſtracten Formen weit

genug waren, um allen Strömungen des Lebens freien Spielraum zu gewähren und andrerseits das Leben selbst einen hinlänglichen Reichthum an Kräften und Mitteln besaß, um das, was Noth that, auch ohne eine Aenderung des Rechts zu erzwingen. Erst als diese Kräfte schwach wurden, ward dieser Zustand unhaltbar und das Recht gezwungen sich dem zu accommodiren.

Das ältere Recht hatte den Verkehr im wesentlichen sich selbst überlassen und zwar in dem Maße, daß es ihm nicht einmal mit sogenannten dispositiven (subsidiären, die Autonomie ergänzenden) Bestimmungen zu Hülfe kam. Jedes einzelne Rechtsgeschäft, das abgeschlossen ward, mußte mithin außer seinem materiellen Inhalt zugleich sämmtliche Normen aufstellen, nach denen es sich selber beurtheilt wissen wollte; die concrete lex contractus mußte die abstracte lex de contractibus ersetzen. Ein solcher Zustand ist überall der Bildung des dispositiven Rechts vorausgegangen, aber überall wiederholt sich auch bei ihm eine Einrichtung, welche bestimmt ist, ihn zu ermöglichen — der Gebrauch der Formulare (II. 604). In demselben Maße, in dem das dispositive Recht sich entwickelt, nimmt die Bedeutung der Formulare ab. In der gegenwärtigen Periode spielten sie in Rom noch eine große Rolle.

Für alle Arten von Geschäften gab es bestimmte, höchst sorgfältig ausgearbeitete Formulare (actiones, leges rerum vendendarum u. s. w.),[470] die durch die fortgesetzte Probe, welche

470) Genannt werden insbesondere die Manilianae venalium vendendorum leges. Cic. de orat. 1, 58, Varro de re rust. 2, 5. Cato und Varro theilen an jeder Stelle ihrer Schrift de re rustica, wo sie irgend einen Contract z. B. den Verkauf von Sklaven, Vieh, der Weinärndte, das Verdingen einer Arbeit u. a. m. erwähnen, die betreffenden Formulare mit. Die Hostilianae actiones, die ich früher ebenfalls hierher gerechnet hatte, enthielten keine „juristische, sondern oratorische Muster". Rudorff Römische R.-G. I §. 95 Note 9. Insbesondere gab es auch für die Contracte, welche der Staat abzuschließen hatte, z. B. Ausverdingung von öffentlichen Werken und Arbeiten, Verpachtung der Gefälle und Steuern solche feststehende Formulare. Von den spätern Rechtsgrundsätzen des Rechtscontracts scheint der

ſie im Leben zu beſtehen hatten und ein ſtets wiederholtes Feilen und Nachbeſſern einen ſehr hohen Grad der Brauchbarkeit erlangt hatten. Sowie irgend eine neue Art von Geſchäften aufkam, ward für dieſelbe ein Formular ausgearbeitet d. h. das Geſchäft von vornherein in eine beſtimmte geregelte Bahn gewieſen. Da die Benutzung des Formulars nichts Obligatoriſches hatte, ſondern ganz vom individuellen Ermeſſen abhing, da ferner die in demſelben enthaltenen Stipulationen, mochten ſie auch täglich wiederkehren, nur als ſubjectiver Willensinhalt in Betracht kamen, ſo konnte man das rechtliche Material, welches in dieſen Formularen aufgeſchichtet war, nicht als Beſtandtheil des Rechts bezeichnen. Gleichwohl aber hatten ſie für das Recht ſelber die höchſte Bedeutung, ſie waren die Vorläufer, Surrogate und Fundgruben des dispoſitiven Rechts. In ihnen war bereits die Aufgabe gelöſt, mit der ſich dieſer Theil des Rechts zu beſchäftigen hat: die Claſſification der Rechtsgeſchäfte, insbeſondere die Scheidung der verſchiedenen Verträge, die Erfindung und richtige Formulirung naturgemäßer Rechtsregeln für die einzelnen Arten derſelben. Als in ſpäterer Zeit die Wiſſenſchaft und Legislation (namentlich das prätoriſche Recht) ſich der Ausbildung des dispoſitiven Rechts zuwandten, fanden ſie in jenen Sammlungen ein reiches Material, von dem ſie Vieles unverändert aufnehmen konnten, und wir ſind zu der Annahme befugt, daß ſie dieſe Quelle in reichem Maße benutzt haben. Die meiſten zu dieſer Klaſſe gehörigen Rechtsſätze werden aus den Formularſammlungen hinübergenommen ſein — ein Geſichtspunkt, der ſich bereits für manche Fragen (z. B. für den Pfandvertrag) als fruchtbar bewährt hat und für manche andere noch eine lohnende Ausbeute in Ausſicht ſtellt.

Der Sache nach alſo waren die Elemente jenes Rechtstheils

Anſpruch des Pächters auf remissio mercedis wegen casus ſich zuerſt in den alten »leges censoriae« feſter ausgebildet zu haben, vergl. Cic. de pror. cons. 5: is, qui frui publico non potuit per hostem, hic tegitur ipsa lege censoria. Polyb. VI, 17, 5.

BIBLIOTHECA BODLEIANA

durch die Autonomie des Verkehrs bereits zu Tage gefördert. Es war dies dieselbe Bildung des Abstracten aus dem Concreten heraus, für die uns in der dritten Periode die Entwickelungsgeschichte des prätorischen Rechts ein so interessantes Beispiel liefern wird. Aus den Atomen der einzelnen concreten Rechtsgeschäfte, die sich im wesentlichen stets in derselben Form und mit demselben Inhalt wiederholten, bildete sich ein abstracter Niederschlag — der Begriff des bestimmten Rechtsgeschäfts — ein Vorgang, den die Sprache durch Bezeichnung desselben mit einem bestimmten Namen zu markiren pflegte. Das Material, das auf diese Weise gewonnen ward, hatte aber, wie gesagt, in der gegenwärtigen Periode noch keine formell rechtliche Bedeutung, es war nichts als eine Anweisung zum rechten Gebrauch der Autonomie vermittelst Darlegung der Zwecke und Wege, die der Verkehr verfolgte, nebst Angabe der Form, deren er sich dabei zu bedienen pflegte. Vom formellen Rechtsstandpunkt aus war dies „Pflegen" des Verkehrs nicht minder bedeutungslos wie das der Sitte, d. h. es kam keiner von den vorhandenen Sätzen ohne ausdrückliche Aufnahme desselben in das einzelne Rechtsgeschäft zur Anwendung, während ja das Wesen des dispositiven Rechts darin besteht, daß die Bestimmungen desselben eine von der Autonomie der Privaten gelassene Lücke ergänzen sollen. Nur in Einem Punkt mag die Thätigkeit der Autonomie bereits in der gegenwärtigen Periode Niederschläge objectiv-rechtlicher Art geliefert haben. Die Wahl der Ausdrücke, in denen man die wesentlichen Bestimmungen eines Rechtsgeschäfts treffen wollte, war ursprünglich gewiß völlig frei, es begreift sich aber, daß der Verkehr die treffendsten und unzweideutigsten herausfuchte, und daß für manche Geschäfte gewisse Schlagwörter in Gebrauch kamen (II §. 68). Wir wissen nun aus Mittheilungen späterer Juristen, daß der Gebrauch dieser Schlagwörter zu *ihrer* Zeit obligatorischer Art war, so daß also die unterlassene Benutzung derselben Nichtigkeit des Geschäfts begründete. An eine Aufstellung dieses Requisits durch Gesetz wird Niemand denken; es war also ein

Werk des Verkehrs, und wir dürfen diesen Vorgang unbedenklich in die ältere Zeit verlegen und ihn uns in folgender Weise erklären. Eine an den Worten klebende, ängstliche Interpretation mochte die auf Abschließung eines bestimmten Geschäfts gerichtete Absicht in Zweifel ziehen, wenn sie die Ausdrücke vermißte, deren man sich regelmäßig beim Geschäft bediente; das bestimmte Wort galt ihr als Merkmal des bestimmten Willens. Hieraus ergab sich dann für den Verkehr die praktische Nothwendigkeit einer Benutzung des Worts; dem Erfolg nach hatte also die Interpretation damit eine wirkliche Rechtsnorm durchgesetzt.

Der Gesichtspunkt, von dem aus wir im bisherigen die Bedeutung unseres Systems zu bestimmen versucht haben, war der abstract-juristische, und nach dieser Seite hin haben wir unserem System eine unvergängliche und universalhistorische Bedeutung vindiciren müssen. Es bleibt uns jedoch noch übrig, dasselbe von Seiten seines natürlich-sittlichen Zusammenhanges mit der römischen Welt in's Auge zu fassen. Ich will in dieser Beziehung zuerst des Einflusses unseres Systems auf das römische Volk gedenken. Der Quellpunkt unseres ganzen Systems war die Idee der Persönlichkeit, das Endziel desselben: der Persönlichkeit in allen Verhältnissen des privaten wie des öffentlichen Lebens die rechtliche Möglichkeit einer freien Entfaltung ihrer selbst und aller ihrer Kräfte zu gewähren. Das ganze Recht war ein praktischer Hymnus auf den Werth und den Beruf der Persönlichkeit, die Moral desselben: Entwickelung und Bethätigung der Persönlichkeit. Dem Römer ward durch sein Recht von früh auf die Lehre gepredigt, daß der Mann dazu da ist, sich selbst seine Welt zu gründen, selbst für sich einzustehen, selbst die Entscheidung zu treffen, kurz daß jeder der Schmied seines Glücks ist.

Für einen schwachen Charakter war die römische Welt nicht gemacht. Wer sich hier mit Erfolg bewegen wollte, dem durfte das Eisen im Charakter und die Selbständigkeit in der Ansicht

nicht fehlen. So nicht bloß hinsichtlich der Verhältnisse des öffentlichen, sondern ebensowohl hinsichtlich der des Privatrechts. Uns heutzutage beschirmt und beschützt das Recht von der Geburt an bis zum Tode; es verschafft uns das Vermögen der Eltern, indem es sie zwingt, uns dasselbe zu hinterlassen, es bewahrt und sichert uns dasselbe während der Jahre der Minderjährigkeit, es gewährt uns Hülfe, wenn wir uns haben betrügen oder zwingen lassen, und macht es uns möglich, unsere eigenen wie fremde Handlungen, die uns nachtheilig geworden sind, anzufechten, Versehen, Versäumnisse ungeschehen zu machen. Von alle dem ist im ältern römischen Recht keine Spur. Wer sich hat zwingen lassen, trägt selbst die Schuld — der Mann läßt sich nicht zwingen; etiamsi coactus, attamen voluit.[471]) Wer betrogen ist, gleichfalls; denn der Mann, wie ihn das Recht will und im Auge hat, sieht sich vor; ihn betrügt man nicht. Ebenso begeht er keine Versäumnisse und ficht seine eigenen Handlungen nicht an und darum auch keine fremden: jus civile vigilantibus scriptum est.[472]) Mit der Pubertät wird Jeder Herr seines eigenen Vermögens, die Schutzanstalten der Cura und restitutio in integrum sind dem alten Recht unbekannt, die lex Plaetoria gehört frühestens dem Ende des fünften Jahrhunderts an. Das heißt aber nichts anderes als: die spätern Römer wurden später selbständig als die früheren — eine Erscheinung, die nichts auffälliges hat, denn die Cultur und Civilisation verzögert den Eintritt der Reife des Charakters. Wer mannbar geworden, hatte in alter Zeit auch die nöthige Selbständigkeit, um in's praktische Leben zu treten; hätte er sie nicht gehabt, so würde das alte Recht ihn anders behandelt haben.

Daß nun ein Recht, welches überall eine männliche Selbständigkeit voraussetzt, diese Eigenschaft im Volk eben damit zugleich lebendig erhält und neu erzeugt, bedarf wohl kaum der Bemerkung. Wenn die Geschichte Roms eine so beneidenswerthe

471) L. 21 §. 5 quod met. (4. 2.)
472) L. 24 quae in fr. cred. (42. 8.)

Menge hervorragender Perſönlichkeiten und grandioſer Charaktere aufzuweiſen hat, ſo werden wir den letzten Grund davon allerdings nicht in irgendwelchen Einrichtungen, die ja ihrerſeits nichts als Producte des Volksgeiſtes ſind, ſondern in dem römiſchen Volk ſelbſt zu ſuchen haben. Aber den Einfluß der äußeren Einrichtungen auf die Befeſtigung der nationalen Sinnesweiſe, die Ausbildung und Steigerung der angebornen Anlage werden wir darum nicht minder zugeſtehen müſſen. Hätte die römiſche Kraft, Selbſtändigkeit, Charakterfeſtigkeit ſich nicht durch perſönlichen Contact von einer Generation auf die andere vererbt, hätten dieſe Eigenſchaften mit irgendeiner Generation untergehen können — ich glaube, ſie hätten zum großen Theil aus dem Recht, aus dem Vorrath gebundener römiſcher Kraft, der in ihm ſteckte, ſich wieder erzeugen können.[472a]) Einen Nichtrömer, der mit dieſem Recht in Berührung trat, mußte es anwehen mit friſchem, ſtärkendem Hauch. Die Luft, die in demſelben herrſchte, war geſättigt mit römiſcher Stärke; wer ſie dauernd einathmete, auf den ging unvermerkt etwas von einem Römer über — ſie ſteckte an. Den Verfall der römiſchen Kraft vermochte freilich das Recht nicht abzuwenden, weil überhaupt keine Einrichtung den Geiſt, aus dem

472a) Mit den menſchlichen Einrichtungen verhält es ſich in Bezug auf den Geiſt, der ſie erzeugt hat, eben ſo wie mit der durch die Sonne erzeugten Erdwärme — wie wir im Herbſt noch von der Sonne des Sommers zehren, ſo zehrt ein bereits zurückgehendes Geſchlecht noch von der Kraft der Vorfahren, die ſich in deren Einrichtungen, Sitten, Formen objectivirt hat — eine Bemerkung, die ich ſelber zwar ſchon anderwärts gemacht habe (II. 500 und in meinem Kampf um's Recht, Aufl. 3. S. 105, 106), die ich aber doch nicht umhin kann hier zu wiederholen. Freilich hat die Sache auch ihre Kehrſeite, denn ſo gut wie der Gegenwart der in den Einrichtungen fixirte Wille der Vergangenheit zu gute kommt, ſteht er ihr auch beim Fortſchritt als zu überwindendes Hinderniß entgegen, ganz ſo wie in der Natur die Kälte des Winters der Sonne des Frühlings. Es iſt das Geſetz der Ausgleichung der Kraft, das geſchichtliche Prinzip, das in der Natur ganz ſo gilt, wie in der Geſchichte — es gibt für beide keinen Moment, der die Bedingungen ſeines Daſeins ganz aus ſich ſelber ſchöpfte, bei jedem wirkt mit der Gegenwart zugleich die Vergangenheit mit.

sie hervorgegangen ist, dauernd bannen kann. Aber nichts desto weniger bleibt es wahr, daß das Recht, indem es die genannten Eigenschaften zu Postulaten des praktischen Lebens erhob, der Fortdauer derselben wesentlichen Vorschub geleistet hat.

Noch eine andere römische Eigenschaft ist es, die aus unserem Freiheitssystem ihre Hauptnahrung zog und sich täglich an ihm verjüngte, ich meine den römischen Stolz und das Gefühl der Würde eines römischen Bürgers. Wenn der Römer mit Stolz auf andere Völker sah, so stützte sich dieser Stolz nicht bloß auf das Gefühl der Ueberlegenheit römischer Kraft und das Uebergewicht des römischen Staats nach außen hin, sondern ebensosehr auf die rechtliche Stellung des römischen Bürgers im Innern; nicht minder auf den Klang und die Wirkung, welche die Worte: civis Romanus sum daheim, als die sie im Auslande hatten. Ein angesehener Römer durfte sich mächtiger und fester in dem Besitz seiner Macht dünken als mancher König der damaligen Zeit, und selbst dem Geringsten gewährte die Verfassung einen gewissen Antheil am Weltregiment. Aber höher als alle politische Macht und Berechtigung stand doch die rechtliche Sicherheit und Unverletzbarkeit der Person, die Herrschaft über das Haus und die Unantastbarkeit der erworbenen Rechte. Daß die Würde und das Recht der Persönlichkeit in Rom in einer Weise praktisch anerkannt und geschützt waren wie sonst nirgends, daß die Basis der ganzen persönlichen Existenz das Recht eine felsenfeste war, und jeder Römer sich innerhalb des Fleckes Erde, der ihm hier beschieden, absolut sicher und als unumschränkter Gebieter betrachten durfte — das, meine ich, war das Werthvollste und Schönste, dessen ein Römer sich zu rühmen hatte.

Der Stolz, den die Freiheit verleiht, ist ein durchaus berechtigter, denn er ist nicht ein Stolz auf den bloßen Besitz oder Genuß derselben, sondern auf das eigene Verdienst. Die Freiheit ist bekanntlich kein Geschenk der Götter, sondern ein Gut, das jedes Volk sich selbst verdankt, und das nur bei dem erforderlichen Maß moralischer Kraft und Würdigkeit gedeiht. Mit der bloßen

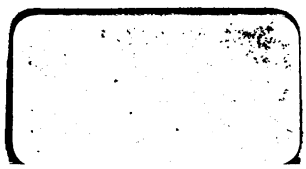
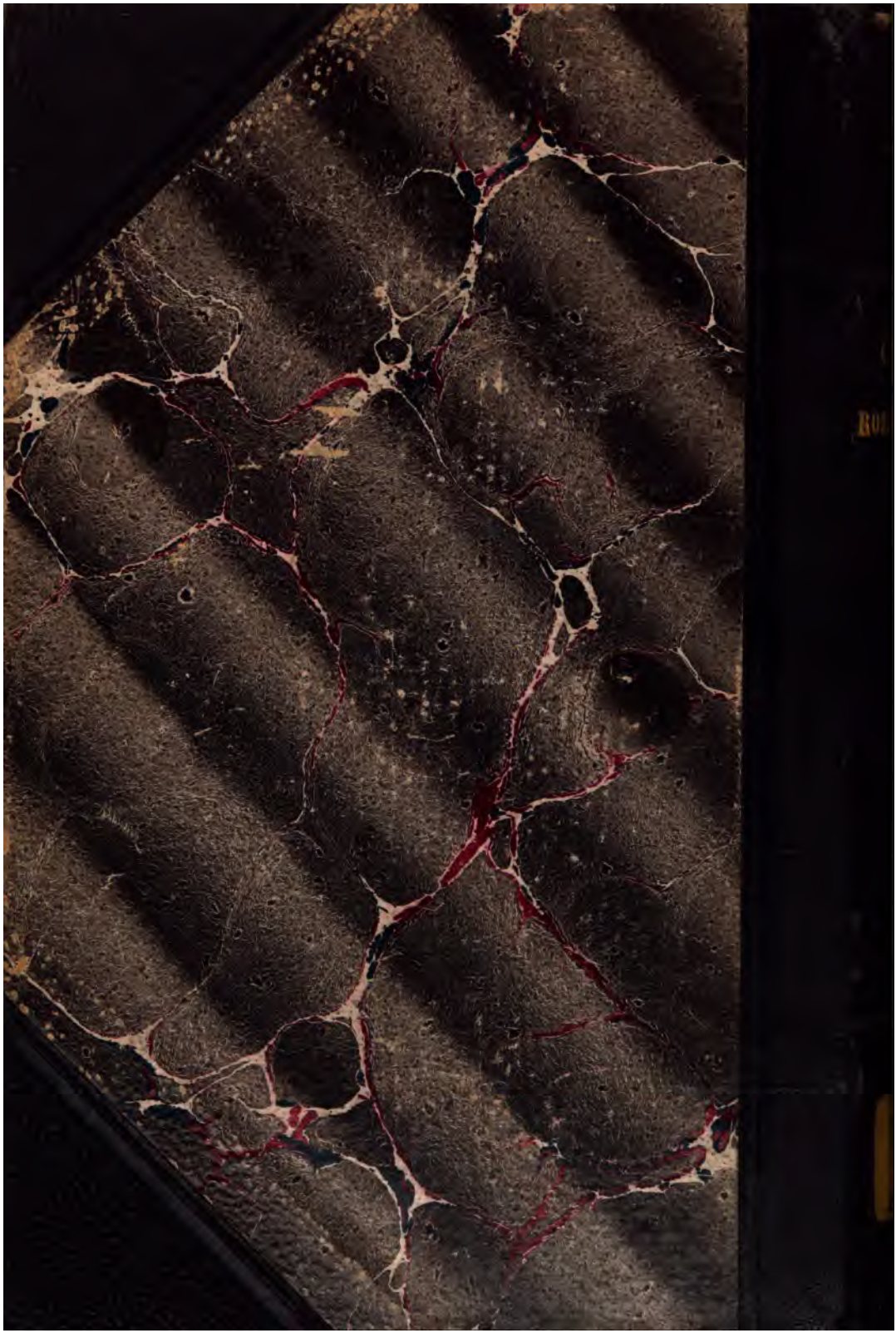
Liebe zur Freiheit ist es nicht gethan; selbst wenn diese Liebe, wie es nicht anders sein kann, eine werkthätige und opferfähige ist, so gesellt sich noch ein anderes wesentliches Requisit hinzu — die Kunst, die Freiheit zu gebrauchen, und diese Kunst ist eine sehr schwere. Denn das erste Gebot derselben ist Mäßigung. Kein Gut reizt so sehr zur Unmäßigkeit und geht so leicht und so unausbleiblich dadurch verloren als gerade das höchste, die Freiheit. Der Begriff der politischen Reife und Unreife der Völker ist unserer heutigen Zeit sehr geläufig, aber man setzt denselben viel zu sehr in die intellectuelle Bildungsstufe der Völker und viel zu wenig in die moralische Qualification derselben. Handelte es sich bloß um ein intellectuelles Verständniß der Freiheit, so müßten die gebildetsten Völker die höchste Reife zur Freiheit besitzen, während umgekehrt das Steigen der Cultur und Civilisation nicht selten mit der Abnahme jener Reife verbunden ist, wie Rom selbst uns dies an einem lehrreichen Beispiel veranschaulicht.

Diese moralische Qualification des ältern römischen Volks zur Freiheit kann ich nicht genug betonen. Unser ganzes System stand und fiel mit ihr:

Moribus antiquis stat res Romana virisque.

Der Verfall der römischen Sittlichkeit war zugleich der Verfall der römischen Freiheit. Die praktische Möglichkeit aller Freiheitsverhältnisse sowohl des öffentlichen als des Privatrechts war bedingt dadurch, daß der rechte Geist sie beseelte; sowie dieser Geist wich, sowie die Willkür, Laune, Zuchtlosigkeit sich ihrer bemächtigten, hatten sie ihren Sinn und ihre Berechtigung verloren, und an die Stelle des freien Geistes, der sich nicht beschwören ließ, trat überall das Gesetz und die Beschränkung. Darum darf, wer ein Urtheil über das Freiheitssystem der alten Zeit fällen, wer den Sinn und Zweck der Institute desselben begreifen will, keinen Augenblick die alte Sittlichkeit und die ganze Zeit außer Augen lassen. Die alte Sitte ist der unentbehrliche Schlüssel zum Verständniß des alten Rechts; zeigt uns letzteres die ab-

ſtracte Freiheit, ſo erſtere die Selbſtbeſchränkung der Freiheit, dieſe Selbſtbeſchränkung aber war eine ſtillſchweigende Vorausſetzung des ganzen Rechts. Wenn einſt Tacitus es an den alten Germanen pries, daß die Sitte bei ihnen mehr vermöchte als anderwärts die Geſetze, ſo dürfen wir daſſelbe Lob auch für die alten Römer in Anſpruch nehmen — weil ſie ſich ſelbſt ein Geſetz waren, konnten ſie in ſo vielen Punkten der Geſetze entbehren. Das ältere Recht hat die Anlegung des ſittlichen Maßſtabes nicht zu ſcheuen; nur vergeſſe man dabei nicht, daß die alte Freiheit, durch und durch bedingt und moderirt, wie ſie war, durch die thatſächlichen Vorausſetzungen, die ſie in Rom vorfand, nur aus dem Leben heraus verſtanden werden kann. Wer dieſen Geſichtspunkt feſthält, der wird nicht umſonſt nach dem „ſittlichen Geiſt" der altrömiſchen Einrichtungen ſuchen, während dieſer Geiſt allerdings demjenigen, der ohne Kenntniß der Quellen, ohne Anſchauung römiſchen Lebens, römiſcher Denkart und Sinnesweiſe ſich an die Aufgabe gewagt hat, niemals erſcheinen wird. [472b])

472b) Den zweifelhaften Ruhm, der beſte Repräſentant dieſer Klaſſe von Schriftſtellern zu ſein, muß man dem Verfaſſer des Note 43 und 143 genannten Werkes laſſen; es fehlt ihm übrigens nicht an Concurrenten.

BIBLIOTHECA BODLEIANA